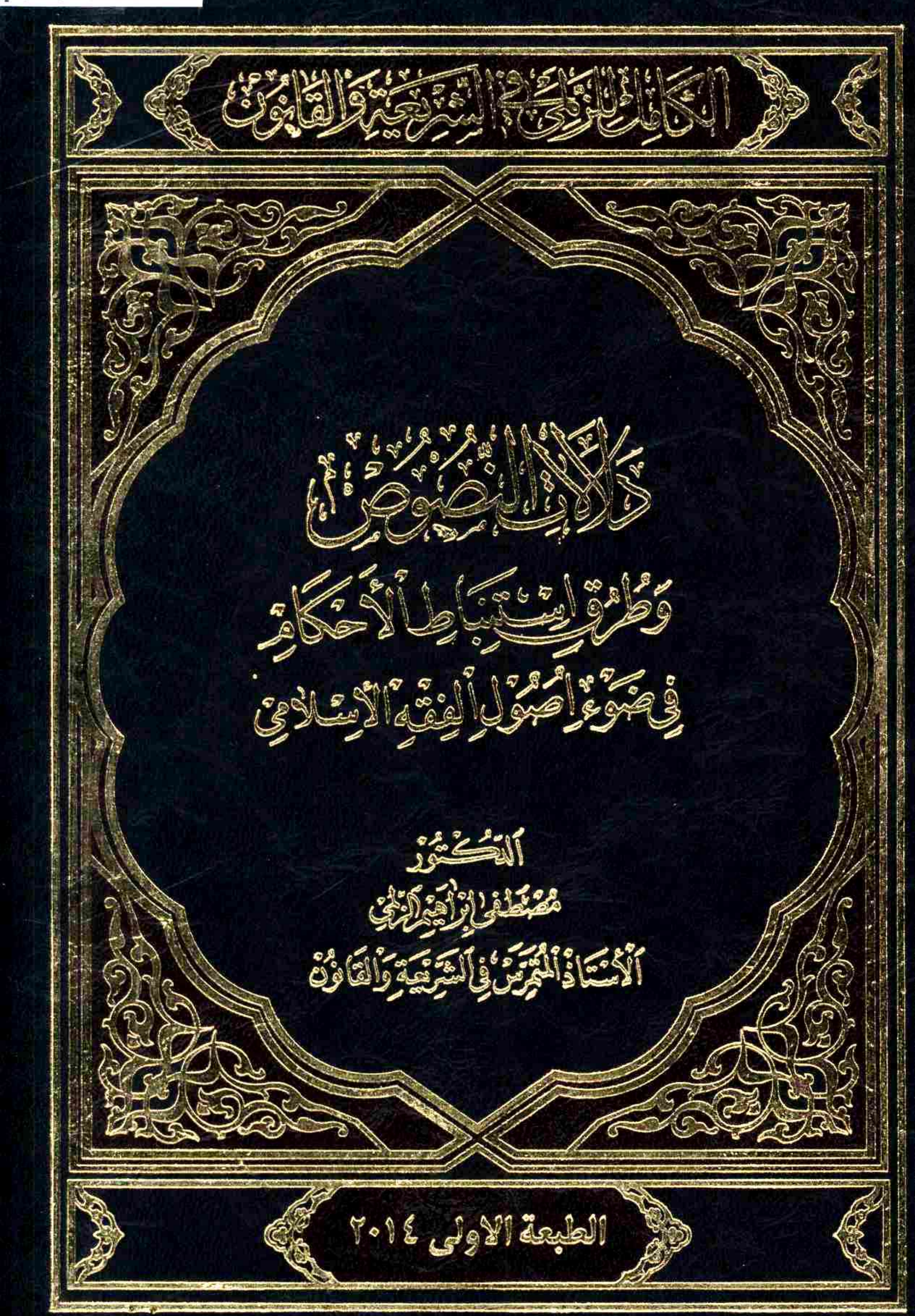

الكامل الزلمي في الشريعة والقانون
دلالات النصوص
وطرق استنباط الأحكام
في ضوء أصول الفقه الإسلامي
الدكتور
مصطفى ابراهيم الزلمي
الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون
الطبعة الاولى ٢٠١٤

دلالات النصوص
وطرق استنباط الأحكام
في
ضوء أصول الفقه الإسلامي

دراسة تحقيقية وتطبيقية

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

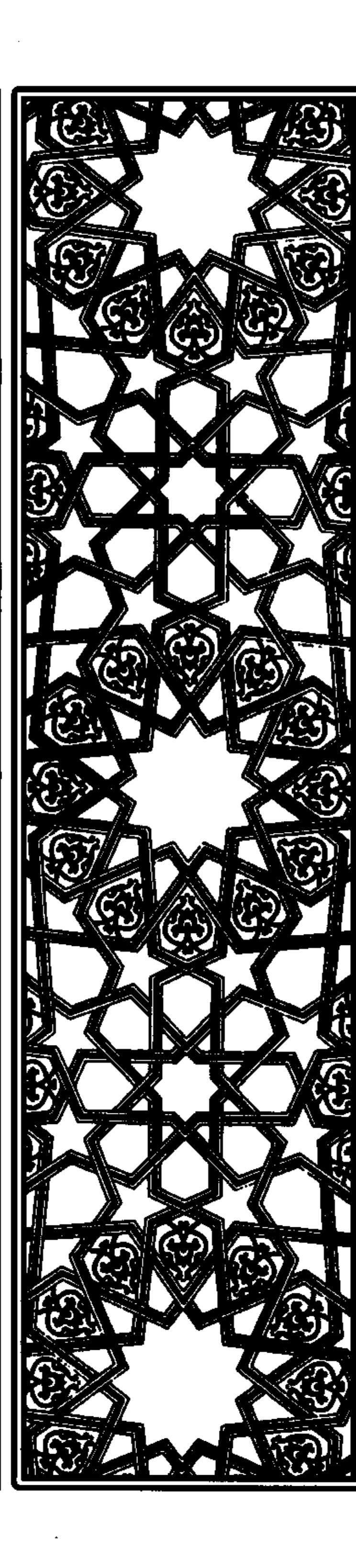
طبعت على نفقة
السيد رئيس وزراء حكومة اقليم كردستان العراق
الاستاذ نيچيرڤان البارزاني المحترم

دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ١٢٠٤- ١٩٨٣
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-015-4
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-006-2

الموقع: http://zalmi.org/arabic
الايميل: dr.alzalmi@gmail.com
فيسبوك: facebook.com/dr.alzalmi



﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا
وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ
ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا﴾

سورة النساء/٥٨

(إذا حكمَ الحاكِمُ فاجتهدَ ثم أصابَ ،
فله أجرانِ . وإذا حكمَ فاجتهدَ ، ثم
أخْطأ ، فله أجرٌ)

رواه مسلم



الفهرس

المقدمة ١١
تمهيد: ١٢
نشأة وتدوين أصول الفقه: ١٢
تطوره: ١٣
أهميته وصلته بالقانون: ١٦
الوضع والدلالة وأقسامها: ١٧
أقسام الدلالة اللفظية الوضعية من حيث المعنى: ١٩
الكل والجزء والكلي والجزئي: ٢٠
الجنس والنوع والصنف: ٢٠
النسبة بين مفاهيم المصطلحات: ٢٠
التعارض والتناقض والتضاد والتضايف:() ٢٢
الاستعمال والاحتمال والبيان: ٢٣
الفصل الأول التعريف بالحكم الشرعي ٢٥
المبحث الأول الحكم الشرعي ٢٧
القسم الأول: الحكم الشرعي التكليفي: ٢٧
الحكم الشرعي التكليفي إما أصولي أو فقهي: ٢٩
القسم الثاني: الحكم الشرعي الوضعي: ٣٠
أنواع الحكم الوضعي: ٣٠
المبحث الثاني عناصر الحكم الشرعي ٥١
العنصر الأول- الحاكم: ٥١
العنصر الثاني: المحكوم فيه: () ٥١
المحكوم فيه والاستطاعة: ٥٢
المحكوم فيه والمصلحة البشرية: ٥٣
المحكوم فيه ومدى تقبله للنيابة: ٥٤

العنصر الثالث: المحكوم عليه: ٥٥
المبحث الثالث خصائص القاعدة الشرعية ومصادرها ٥٦
المطلب الأول خصائص القاعدة الشرعية ٥٦
المطلب الثاني المصدر المنشئ للقاعدة الشرعية ٦٠
المطلب الثالث المصدر المبين (السنة النبوية) ٦٥
المطلب الرابع المصادر الكاشفة ٦٩
الفصل الثاني ألفاظ النصوص من حيث وضعها لمعانيها ١٠٧
المبحث الأول الخاص تعريفه، حكمه، أنواعه ١٠٩
تعريفه ١٠٩
حكمه : ١١٠
أنواع الخاص: ١١١
المطلب الأول الأمر والنهي ١١٢
صيغ النهي ١١٧
مقتضى النهي ١١٨
المطلب الثاني المطلق والمقيد ١٢٥
حكم المطلق : ١٢٥
المبحث الثاني العام، صيغه، وتخصيصه ١٣٨
المطلب الأول العام وأنواعه ١٣٨
أقسام صيغ العموم: ١٣٨
طبيعة دلالة العام: ١٤٩
المطلب الثاني تخصيص العام ١٥٤
أقسام أدلة التخصيص: ١٥٧
القسم الأول: الأدلة المتصلة: ١٥٧
القسم الثاني ـ الأدلة المنفصلة ١٦٣
النسخ ١٧٤
إمكانية النسخ: ١٧٤
المبحث الثالث المشترك: أنواعه أثره في غموض النصوص ١٨٤
المطلب الأول المشترك المعنوي وأثره في غموض النصوص ١٨٤
المطلب الثاني المشترك اللفظي وأثره في غموض النصوص ١٨٨
الفصل الثالث النصوص باعتبار استعمالها في المعاني ١٩٣

المبحث الأول الحقيقة والمجاز التعريف بالحقيقة والمجاز ١٩٥
المبحث الثاني الصريح والكناية ٢٠٥
المبحث الثالث تطبيقات الحقيقة والمجاز في حروف المعاني ٢٠٩

الفصل الرابع دلالات النصوص منطوقاً ومفهوماً ٢٢٣

المبحث الأول منطوق النصوص ٢٢٦
المطلب الأول إشارة النص وتطبيقاتها ٢٢٦
المطلب الثاني دلالة الاقتضاء وتطبيقاتها ٢٣٥
المطلب الثالث دلالة الإيماء وتطبيقاتها ٢٣٩
المبحث الثاني مفهوم النصوص ٢٤٤
المطلب الأول مفهوم الموافقة ٢٤٤
المطلب الثاني مفهوم المخالفة ٢٤٩

الفصل الخامس دلالات النصوص وضوحاً وخفاءً ٢٥٩

التقسيم الرباعي: ٢٥٩
التقسيم الثنائي: ٢٦٣
المبحث الأول الدلالة القطعية ٢٦٥
المبحث الثاني الدلالة الظنية ٢٦٨
ظنية دلالات النصوص والإختلاف في أحكامها ٢٦٩
المبحث الثالث الدلالة الغامضة ٢٧١
الغامض: ٢٧١
أسباب الغموض ٢٧١

الفصل السادس التعارض وطرق رفعه ٢٨١

المبحث الأول رفع التعارض بالجمع ٢٨٣
المبحث الثاني رفع التعارض بالترجيح ٢٨٦
المبحث الثالث رفع التعارض بالإلغاء والتساقط ٢٨٩

الفصل السابع التفسير والتأويل ٢٩٣

المبحث الأول التفسير ٢٩٥
المطلب الأول التفسير التشريعي ٢٩٥
المطلب الثاني التفسير الفقهي ٢٩٩
المطلب الثالث التفسير القضائي ٣٠١
المطلب الرابع التفسير العلمي ٣٠٢

المبحث الثاني التأويل...٣٠٧
المطلب الأول شروط التأويل...٣٠٨
المطلب الثاني انواع التأويل ٣١١
المطلب الثالث الموازنة بين التأويل والتفسير...............................٣١٤
الفصل الثامن الاجتهاد والتقليد ٣١٧
المبحث الأول الاجتهاد شروطه. أهميته. مجاله..............................٣١٩
المبحث الثاني التقليد: أسبابه. محاسنه. مساويه............................٣٢٧

المقدمة

الحمد لله الذي علّم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، المعلم الأول للأسرة البشرية، وعلى آله وأصحابه الذين نشأوا في مدرسة الرسول، صلى الله عليه وسلم، خير نشأة لخير أمة أُخرجت للناس، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر.

وبعد.. فحين أُعيد تعييني في كلية القانون ـ جامعة بغداد ـ سنة ١٩٧٦، كُلفت بتدريس مادة أصول الفقه في المرحلة الرابعة، فلم أجد من بين مراجع أصول الفقه القديمة والحديثة كتاباً جامعاً مانعاً صالحاً لطلبة القانون، بعيداً عن الألغاز التي لا يُتمكن من الإحاطة بها، إلا من كان مُلما بالمنطق والفلسفة، كما في الكتب القديمة، وخالياً من الأمثلة التقليدية التي لا تُفيد إلا لزمن استحداثها. ولذا أقدمت على تأليف هذا الكتاب، ولكن وجدتُ أثناء تدريسه كتاباً ناقصاً، وفيه أخطاء مطبعية وعلمية، لأن التأليف جاء في وقت مستعجل، إضافة إلى تَقيُدي بأصول الفقه الشافعي، وعدم اطلاعي على أصول الفقه لسائر المذاهب، وهذا ما دعاني إلى إعادة النظر فيه وتعديله، بإضافة بعض من محتويات مؤلفي (أصول الفقه في نسيجه الجديد)، مع استحداث موضوعات جديدة مهمة التي يتضمنها الفصل السادس والسابع والثامن (من المعدل)، راجيا من الله عزوجلّ أن يجعله مصدراً لإفادة الطلبة الأعزاء، ومكسبا من مكاسب أعمال الآخرة، ولا أدعي النجاح الكامل في هذا التعديل أيضا، لأن الكمال لله وحده، والله ولي التوفيق.

المؤلف

تمهيد:

أصول الفقه: قانون تعصم مراعاته العقل عن الخطأ في استنباط الأحكام من أدلتها.

أي مجموعة قواعد عامة، من شأنها أن يُستعان بها في استخراج الأحكام العملية من أدلتها[١] التفصيلية، وتحفظ مراعاتها عقل المستنبط من الخطأ في الاستنباط.

نشأة وتدوين اصول الفقه:

نشأ هذا العلم في تفكير المجتهد مع نشأة النصوص، ولكن لم يُدون في صدر الإسلام، لأن الأحكام في عهد الرسالة كانت تُستقى من الوحي المباشر (القرآن الكريم) ومن السنة النبوية، وكان الرسول ﷺ هو المرجع لتفسير نصوص القرآن وبيان مقاصد التشريع الإلهي وفق ما خُوِل به في قوله تعالى ﴿ وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ ﴾[٢].

وبعد ذلك تولى مهمة القضاء نُخبة من فقهاء الصحابة والتابعين، الذين كانوا على إلمام تام بلغة القرآن، ولهم المعرفة بأسباب النزول وأسرار التشريع ومقاصده، إضافة إلى صفاء الذهن وسرعة الفهم وسلامة الفطرة وذكاء القريحة وتوفر الملكة الفقهية، ألتي اكتسبوها من صحبة الرسول ﷺ الطويلة، ولذلك كانوا في غنى عن تدوين هذا الفن، ولكن في الواقع لم يكونوا بمعزل عن تطبيق مبادئه ورعاية قواعده في قضائهم وفقههم، وبعد أن أخذ الناس يدخلون في دين الله أفواجاً، تأثرت المصطلحات العربية بغيرها، فأدّى ذلك إلى فتح أبواب الجدل والنقاش والخلاف، فاضطرّ علماء اللغة إلى وضع قواعد اللغة العربية، صوناً للألسنة

---

[١] الدليل إما إجمالي (كلّي) مثل كل أمر للوجوب وكل نهي للتحريم ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. وإما تفصيلي (جزئي) كالأمر بالوفاء بالتزامات العقود في قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾المائدة : ١. فإنه يدل على وجوب الوفاء بجميع الإلتزامات المترتبة على صحة العقد. وكالنهي عن التجاوز على حق الغير، كما في قوله تعالى ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ البقرة:١٨٨. فإنه يدل على تحريم كل تجاوز على حق الغير دون مبرر.
وكيفية الإستعانة هي تكوين دليل منطقي بأن يُقال (أوفوا بالعقود أمر، وكل أمر للوجوب)، يُنتج (أوفوا بالعقود للوجوب). وهكذا يُجعل الدليل التفصيلي مقدمة تسمى صغرى، كما يُجعل الدليل الإجمالي مقدمة أخرى تسمى كبرى.

[٢] سورة النحل/ ٤٤.

من الخطأ في التلفظ، وعلماء الأصول إلى تقعيد قواعد أصول الفقه حفظاً للعقول من الخطأ في الاستنباط.

وكان أبو حنيفة[١] وصاحباه (أبو يوسف[٢] ومحمد[٣]) (رحمهم الله) في مقدمة السالكين في هذا المسار، ولكن الإمام الشافعي[٤] (رحمه الله) يُعتبر المؤسس الحقيقي لعلم أصول الفقه، فهو أول من دوّن قواعده في (الرسالة)[٥] التي رواها عنه صاحبه الربيع المرادي.[٦]

تطوره:

لم يقف علم أصول الفقه عند الحد الذي دوّنه الإمام الشافعي وأرسى أسسه، بل تتابع العلماء بعده على تطويره والتأليف فيه.

وكانت مرونة مادته وقابليتها للتوسع من أهم العوامل المساعدة على التطوير. وإلى جانب ذلك فإن علماء الأصول استعاضوا به عن الاجتهاد في الفقه، بعد أن انسد باب الاجتهاد في الفقه الإسلامي، لظروف لا مجال لذكرها هنا، وأبرزوا مناهج أئمتهم، فقاموا بتقعيد قواعد جديدة زادت نموَّ أصول الفقه وطوّرت ضوابطه، وكانت هناك ثلاثة مناهج رئيسة هي:

---

[١] نعمان بن ثابت، (٨٠–١٥٠هـ)، ويعتبر من أتباع التابعين.

[٢] هو يعقوب بن ابراهيم بن ابي ليلى الانصاري نسباً الكوفي نشاةً، (١١٣–١٨٣هـ).

[٣] محمد بن الحسن الشيباني، (١٢٢–١٩٨هـ).

[٤] هو ابو عبد الله محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع الشافعي (١٥٠–٢٠٤هـ).

[٥] لكن يرى البعض: ان اول من دون فيه هو ابو حنيفة (رحمه الله)، يقول ابو الوفاء الافغاني (مقدمة أصول السرخسي ٣/١) أما أول من صنف في علم الأصول – فيما نعلم– فهو إمام الائمة ابو حنيفة النعمان (رحمه الله)، حيث بيّن طرق الاستنباط في (كتاب الرأي) وتلاه صاحباه القاضي الامام ابو يوسف والامام محمد بن الحسن الشيباني، ثم الامام محمد بن ادريس الشافعي(رحمه الله) صنف رسالته.

[٦] يقول ابن خلدون في مقدمته، ص٤٥٤ "واعلم أن هذا الفن من الفنون المستحدثة في الملّة، وكان السلف في غنية عنه. بما أن استفادة المعاني من الألفاظ لا يُحتاج فيها إلى أزيد مما عندهم من الملكة اللسانية.... فلما انقرض السلف وذهب الصدر الأول، انقلبت العلوم كلها صناعة، احتاج الفقهاء والمجتهدون إلى تحصيل هذه القوانين والقواعد لإستفادة الأحكام من الأدلة، فكتبوها فنا قائما برأسه، سمّوه أصول الفقه. وكان أول من كتب فيه الشافعي (رحمه الله) أملى فيه رسالته المشهورة".
ويُروى أن أول من كتب في هذا العلم هو الإمام جعفر الصادق (رحمه الله)

١- **منهج المتكلمين**[١]: وهو يتميز بتحقيق قواعد أصول الفقه تحقيقاً منطقياً نظرياً مبنياً على الحجج والبراهين وتأييد العقل، بعيداً عن الاستقراء من الفروع الفقهية.[٢] وبذلك كانت القواعد الأصولية حاكمة على الفروع غير خاضعة لها. لذا أتت المسائل الفقهية قليلة في المؤلفات على هذا النمط.[٣]

٢- **منهج الحنفية**[٤]: الأصوليون من الحنفية استخلصوا من المسائل الفقهية المتنوعة المأثورة عن الأئمة المجتهدين قواعد وضوابط أصولية تخضع لهذه الفروع.[٥]

---

[١] سُمي بذلك لأن أكثر المؤلفين على هذا النمط كانوا من علماء الكلام والمعتزلة.

[٢] وعلى سبيل المثل استحدث الإمام الغزالي(رحمه الله) قاعدة عامة من قواعد اصول الفقه في كتابه (المستصفى)ص٢٤٣. وهي أن قول الصحابي ليس حجة، أي لا يعتبر مصدرا من مصادر الفقه الإسلامي، وأستدل على ذلك بالأدلة العقلية والمنطقية قائلاً: "ذهب قوم إلى أن مذهب الصحابي حجة مطلقاً، وقوم إلى أنه حجة إن خالف القياس، وقوم إلى أن الحجة في قول أبي بكر وعمر، وقوم إلى أن الحجة قول الخلفاء الراشدين إذا اتفقوا، والكل باطل عندنا، فإن من يجوز عليه الغلط والسهو ولم تثبت عصمته عنهما، فلا حجة في قوله، فكيف يُحتج بقولهم مع جواز الخطأ؟ وكيف يُتصور عصمة قوم يجوز عليهم الاختلاف؟ وكيف يختلف المعصومان؟ وكيف وقد اتفقت الصحابة على جواز مخالفة الصحابة؟ فلم يُنكر أبو بكر على من خالفه بالاجتهاد، فانتفاء الدليل على العصمة ووقوع الاختلاف بينهم وتصريحهم بجواز مخالفتهم: ثلاثة أدلة قاطعة على عدم حجية قول الصحابي".
ونستنتج من هذا أن المذهب أياً كان مركزه، لا يكون مصدراً للحكم الشرعي، لأنه إذا كان مذهب الخلفاء الراشدين لا يكون مصدراً، فمن باب أولى أن لا يكون مذهب غيرهم مصدراً.

[٣] ومن أشهرها المؤلفات التالية:
أ- كتاب العمدة للقاضي عبدالجبار المعتزلي (ت-٤٥٠هـ) مع شرحه المعتمد لمحمد بن علي المعروف بأبي حسين البصري المعتزلي (ت-٤٦٣هـ).
ب- البرهان لأبي المعالي عبدالملك الجويني النيسابوري الملقب بإمام الحرمين (ت-٤٧٨هـ).
ج- المستصفى لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت-٥٠٥هـ).
وتُعتبر المؤلفات الأخرى على منهج المتكلمين تلخيصاً لهذه المؤلفات ودوراناً في فلكها.

[٤] سُمي بذلك لأن الأصوليين من الحنفية اختاروه.

[٥] وعلى سبيل المثل الإستحسان الذي هو العدول عن القاعدة الكلية لما يقتضي ذلك، وهو مصدر كاشف من مصادر الفقه الإسلامي، استخرجه الأصوليون من الحنفية من التطبيقات الفقهية المذهبية، منها: إذا عرف الشاهد الملك معاينة والمالك سماعاً، حلّ له أن يشهد له استحساناً، والقياس لا يجوز. فتح القدير ٣٩٥/٧.

ويرجع تعديل المسائل الفقهية في مذهب أبي حنيفة وتعليلها تحليلاً علمياً إلى هذه الطريقة.[١]

٣- منهج المتأخرين: يُعتبر هذا المنهج الثالث توفيقاً بين الأولين، وذلك باستخدام العقل والمنطق في تحقيق قواعد أصول الفقه من جهة وتطبيقها على المسائل الفقهية من جهة أخرى.[٢] وقد قدمت هذه الطريقة الجديدة لأصول الفقه فوائد مهمة حين جُعلت من الفروع الفقهية مادة لتطبيق قواعده عليها، فزادت التطبيقات

ومنها لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يُعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي. فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به، وهذا استحسان. والقياس لا يجوز، لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، وذلك بالعلم، ولم يحصل.
وجه الإستحسان: أن هذه الأمور الخمسة لو لم تُقبل فيها الشهادة بالتسامع، أدّى إلى الحرج وتعطيل الأحكام. بداية المبتدئ وشرحه الهداية مع فتح القدير ٣٨٩/٧

[١] ومن أهم المؤلفات على هذه الطريقة:

أ- كتاب الأصول لأبي بكر أحمد بن علي المعروف بالجصاص (ت-٣٧٠هـ).

ب- تقويم الأدلة لأبي زيد عبيد الله الدبوسي (ت-٤٣٠هـ).

ج- الأصول لفخر الإسلام علي بن محمد البزدوي (ت٤٨٢هـ) مع شرحه كشف الأسرار لعبدالعزيز البخاري (ت-٧٣٠هـ).

[٢] ومن المؤلفات التي تجمع بين القواعد الأصولية والتطبيقات الفقهية:
كتاب تخريج الفروع على الأصول لشهاب الدين محمد بن أحمد الزنجاني، الذي يُعتبر بحق محاولة ونموذجا رائعا لمخطط يرسم علاقة الفروع والجزئيات من أحكام الفقه باصولها وضوابطها من القواعد والكليات ورد الجزئيات إلى الكليات.

وعلى سبيل المثل يقول في (ص١٧٥-١٧٦): "إن تخصيص عموم الكتاب بالقياس جائز عند الشافعي، لأن القياس دليل شرعي يجوز التخصيص به، قياسا على الخبر الواحد، ولأن في هذا التخصيص عملاً بالدليلين، وفي عدمه عملا بأحدهما وتعطيلا للآخر. وذهب الحنفية إلى انكار ذلك لأن التخصيص بمثابة النسخ، والكتاب لا يُنسخ بالقياس. ويتفرع عن هذا الأصل أن مباح الدم (كمن يرتكب قتلا موجباً للقصاص) ألذي التجأ إلى الحرم في المكة المكرمة، لا يعصمه الإلتجاء عند الشافعي، قياساً عل الإعتداء على ما دون النفس الموجب للقصاص بالإتفاق، أو قياساً على حالة ارتكاب الجريمة داخل الحرمين. وعند الحنفية يعصمه عملا بعموم قوله تعالى ﴿وَمَن دَخَلَهُ كَانَ آمِناً﴾آل عمران:٩٧، لأن القياس لا يُخصصه.

الفقهية التي تنطبق عليها الضوابط الأصولية[1].

أهميته وصلته بالقانون:

لا تقتصر أهمية أصول الفقه عل المعنيين بدراسة أحكام الشريعة الإسلامية فحسب، بل يحتاج إليه أيضاً كل قانوني في تعلمه وتعليمه وتشريعه وتطبيقه للقانون من نواحي كثيرة، أهمها:

أ- **النصوص**: سواء أكانت سماوية أم وضعية، فيها العام والخاص، والمطلق والمقيد، والظاهر والمؤول، والمجمل والمبيّن، والناسخ والمنسوخ... إلى غير ذلك من الصفات التي تتسم بها النصوص.
إذن من الصعب استنباط الأحكام من النصوص عند غموض دلالتها أو التوفيق بينها عند التعارض، إلا عن طريق قواعد وضوابط أصول الفقه.

ب- **الفقيه أو القانوني**، عندما يتناول بالبحث والشرح بعض النصوص، لا يمكنه الإحاطة بأبعاد مقاصدها، ولا ضبط جميع احتمالات دلالاتها، ما لم يستعن بأسس وقواعد أصول الفقه.

ج- لا يمكن وضع صياغة فنية دقيقة لنصوص القانون باللغة العربية، ما لم تراع في ذلك معايير وضوابط أصول الفقه.

د- عن طريق أصول الفقه تتم المقارنة والموازنة بين المذاهب الفقهية للمسائل الخلافية للتقريب بينها وترجيح الرأي المنسجم مع واقع حياتنا وإلزام الجميع به عن طريق التقنين، وبذلك يمكننا تضييق شقة الخلاف المذهبي.

---

[1] ومن أشهرالمؤلفات عل هذا النمط:

أ- بديع النظام الجامع بين كتاب البزدوي والأحكام لصاحبه مظفر الدين أحمد بن علي الشهير بابن الساعاتي الحنفي (ت-٦٩٤هـ).

ب- التنقيح وشرحه التوضيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود الحنفي (ت-٧٤٧هـ).

ج- التحرير لكمال محمد بن عبدالواحد الشهير بابن الهمام (ت-٨٦١هـ). وقد شرحه تلميذه محمد بن أحمد ابن الحاج الحلبي الحنفي (ت-٨٧٥هـ) في كتابه المسمى بالتقرير والتحبير.

ولهذه الحقائق والفوائد وغيرها، لا يمكن أن يستغني المعنيون بدراسة الشريعة الإسلامية والقانون، عن أصول الفقه.

الوضع والدلالة وأقسامها:

الوضع: جعل الشيء دليلا على المعنى لفظاً كان أو غير لفظ وهو صفة الواضع سواء أكان من أهل اللغة أم الشرع أم القانون أم غير ذلك.

الدلالة: هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم به – بعد العلم بتلك الحالة – العلم بشيء آخر، فالأول دال[١]، والثاني مدلول[٢]، والحالة التي بينهما أساس تلازمهما، فإن كانت هذه الحالة وضعاً فالدلالة وضعية، وان كانت طبعاً فالدلالة طبعية، وإن كانت عقلاً فالدلالة عقلية، وبهذا الاعتبار تنقسم الدلالة إلى الأقسام الستة الآتية:

١. **الدلالة اللفظية الوضعية:** وهي أن يدل لفظ على معنى وضع له لغةً أو عرفاً أو شرعاً أو قانوناً أو في أي اصطلاح آخر، كدلالة لفظ (القتل) على إزهاق الروح لإنسان كان على قيد الحياة.

٢. **الدلالة اللفظية الطبعية:** وهي أن يدل لفظ على معنى لم يوضع له، ولكن تكون الدلالة بمقتضى الطبيعة، كدلالة أنين المريض أو المجروح أو المصاب بمصيبة على الآلام الذاتية والنفسية.

٣. **الدلالة اللفظية العقلية:** وهي أن يدل لفظ (أو كلام) على معنى، لا بسبب الوضع ولا بالطبع، وإنما عن طريق العقل، فعقل الإنسان يحكم بأن تضارب ألفاظ الشاهد وتعارض أقواله، تدل على عدم صدقه وعدم أمانته في أداء شهادته أمام القضاء، إلا أن هذه الدلالة ظنية قابلة لإثبات العكس.

---

[١] سواء أكان لفظاً أم غيره.

[٢] فهو من حيث أنه يدل عليه الدال يسمى مدلولاً، ومن حيث انه يفهم منه يسمى مفهوماً ومن حيث أنه يقصد منه يسمى معنى، ومن حيث تسميته يسمى مُسمى.

٤. **الدلالة الوضعية غير اللفظية:** كدلالة إشارات المرور الداخلية والدولية المنصوبة على الطرق العامة والشوارع، على المعاني التي وضعت لها بموجب نظام المرور.

٥. **الدلالة الطبيعية غير اللفظية:** كدلالة التغيرات الفيزيولوجية في شخص المتهم حين استجوابه على ثبوت التهمة الموجهة إليه، وهي دلالة ظنية قابلة لإثبات العكس، كسرعة نبضاته وتغير لون وجهه عند التحقيق معه، وقد استُحدث جهاز يسمى (جهاز كشف الكذب) يستعمل لقياس تنفس المتهم أو ضغط دمه حين التحقيق معه واستنطاقه[1].

٦. **الدلالة[2] العقلية غير اللفظية:** وهي دلالة الأثر على المؤثر، كدلالة هذا الكون العظيم على وجود الخالق، ودلالة الدخان على النار، ودلالة الحركة الإرادية على الحياة، ودلالة آثار الجريمة على ثبوتها وعلى تشخيص المجرم، والدلالة المعنية بالدراسة في علم أصول الفقه هي الدلالة اللفظية الوضعية للنصوص الشرعية والقانونية وأدلة الأحكام وبقية الدلالات مطلوبة حين تطبيق النصوص وتكييف الوقائع.

واللفظ الموضوع للمعنى لغةً أو عرفاً أو قانوناً أو شرعاً إما أن يكون:

١. مفرداً وهو الذي لا يدل جزء من لفظه على جزء من معناه مثل خيانة، تهمة، عقوبة، علم، شهادة. وقد يطلق على ما يقابل الجمع والمثنى والمضاف والجملة أو المركب، وهذا الأخير هو المراد.

٢. وإما أن يكون مركباً وهو الذي يدل جزء من لفظه على جزء من معناه، مثل خيانة الأمانة، شهادة الزور، تهمة القتل، عقوبة السرقة، علم الإجرام.

---

[1] د. سلطان الشاوي، أصول التحقيق الإجرامي، ص٢٢، د. حسين محمد علي، الجريمة وأساليب البحث العلمي، ص٢٨٧، د. سعد جلال، علم النفس الجنائي علماً وعملاً، ص ٣٨٩.

[2] الدلالة بفتح الدال، لأنها بكسر الدال حرفة الدلال.

أقسام الدلالة اللفظية الوضعية من حيث المعنى:

أ- **الدلالة المطابقية (أو دلالة المطابقة)**: وهي دلالة اللفظ الموضوع لمعنى على تمام معناه، وسميت الدلالة مطابقة أو مطابقية، لأن اللفظ مطابق للمعنى، فلا يزيد أحدهما على الآخر ولا ينقص منه، كلباس يلبسه الإنسان ويكون حجمه مطابقاً لحجم جسمه.

ب- **الدلالة التضمنية (أو دلالة التضمن)**: وهي دلالة اللفظ على جزء من معناه – إذا كان له جزء – ضمن مجموع المعنى.

جـ- **دلالة التزامية (أو دلالة الالتزام)**: وهي دلالة اللفظ على معنى خارج عن المعنى الموضوع له ولكنه لازم له ولا ينفك عنه في الذهن أو في خارج الذهن[1] أو كليهما.

ومن أمثلة الدلالات الثلاث المذكورة: لفظ (عقد) فانه موضوع شرعاً وقانوناً لمجموع الإيجاب والقبول إذا اتصلا وتوافرت شروطهما الشرعية والقانونية، وبذلك تكون دلالته على مجموع الإيجاب والقبول مطابقة، وعلى الإيجاب فقط أو القبول فقط ضمن المجموع تضمنية وعلى الحقوق والالتزامات المترتبة عليه للمتعاقدين التزامية.

وعلى هذا الأساس قال الحنفية (أركان العقد: الإيجاب والقبول، لان العقد تصرف مركب مكون من هذين العنصرين، وركن الشيء ما يتوقف عليه الشيء ويكون جزءاً منه وهذا الاتجاه أدق وأفقه من اتجاه الفقه القانوني القائل بأن أركان العقد ثلاثة، المحل والتراضي والسبب، فالعقد اتفاق يُعبر عن التراضي، والاتفاق (الإرادة الظاهرة) والتراضي (الإرادة الباطنية) صفتان قائمتان بشخص المتعاقدين، ومحل العقد خارج عن ماهية العقد وشرط لصحة الإيجاب والقبول، وكذلك السبب إما بمعنى الغرض (الغرض المباشر) أو بمعنى الباعث الدافع، فهو في الحالتين ليس جزءاً من الاتفاق بالمعنى المنطقي والأصولي، وإنما هو من شروط صحة الإيجاب والقبول.

---

[1] يقول القرافي (دلالة المطابقة هي فهم السامع من كلام المتكلم كمال المعنى، ودلالة التضمن فهمه جزء المعنى، ودلالة الالتزام فهمه لازم المعنى) أنظر شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول/ص٢٤، والحاصل الدلالة بالنسبة إلى كمال المعنى مطابقة والى جزئه – إن كان له جزء–تضمنية، كدلالة البيت على الحائط تضمنية، ودلالة السقف عليه التزامية، لأنه مستتبع له، ويلاحظ على كلام القرافي انه لا يجوز إلا بناءً على التجوز، لان الدلالة صفة اللفظ والفهم صفة السامع، فلا يجوز حمل أحدهما على الآخر.

الكل والجزء والكلي والجزئي:

مجموع مكونات الشيء كله وكل واحد من هذه المكونات جزؤه. والكلي ما أمكن صدق مفهومه على كثيرين، فكل شيء في الذهن قبل رؤيته كلي. والجزئي ما لا يَصدق مفهومه على أكثر من واحد.

فكل شيء في الذهن بعد رؤيته جزئي، والكل والجزء من صفات الأشياء خارج ذهن الإنسان، والكلي والجزئي من صفات المفاهيم والصور الذهنية.

الجنس والنوع والصنف:

الجنس: كلي يندرج تحته أمور مختلفة في طبائعها وماهياتها كالجريمة جنس لكافة أنواع الجرائم، والمعدن جنس لجميع أنواع المعادن.

النوع: كلي يندرج تحته أمور متفقة في طبائعها وماهياتها، لكنها مختلفة في صفاتها وميزاتها، كالتمر والحنطة والأرز وغيرها، فكل واحد منها نوع لأصنافها المتفقة في الماهية والطبيعة المختلفة في الصفات، كالجودة والرداءة والطعم وغيرها.

الصنف: كلي يندرج تحته أفراد متفقة في ماهياتها وصفاتها، وينبني على ذلك أن من باع صنفا معيناً، فلا ينقضي التزامه إلا بتسليم نفس الصنف، فالصنف يحل بعضه محل بعض في الوفاء بخلاف النوع والجنس.

وقد خلط البعض من فقهاء الشريعة وفقهاء القانون بين الجنس والنوع من جهة، وبين النوع والصنف من جهة أخرى، من حيث حلول البعض محل البعض في الوفاء بالالتزامات، لذا أضفت إلى الجنس والنوع، الصنف استبعادا لهذا الخلط.

النسبة بين مفاهيم المصطلحات:

لو قارنّا بين مفهوم مصطلح شرعي أو قانوني أو عرفي أو نحو ذلك، وبين مفهوم مصطلح آخر كذلك، لوجدنا أن النسبة بينهما لا تخلو من أحدى الحالات الأربع، أما متساويان أو متباينان أو أحدهما عام مطلقاً والآخر خاص مطلقاً أو كل منهما عام من وجه وخاص من وجه آخر.

١. **المساواة**: وهي كون لفظين مترادفين بحيث يُطلق كل منهما على كل ما يُطلق عليه الآخر من الأفراد، كالإنسان والبشر لغة، والجناية والجريمة شرعاً[١]، وكالعقد واتفاق الإرادتين على إحداث ما يرتب عليه الشرع أو القانون أثره، وكالعقد الموقوف وغير النافذ، والتدليس والتغرير، والتصرف القابل للأبطال، والتصرف غير اللازم، والباطل والفاسد عند جمهور الفقهاء[٢].

٢. **التباين**: وهو كون لفظين بحيث لا يُطلق كل منهما على أي مما يُطلق عليه الآخر، كالمجرم والبريء، والخيانة والأمانة، والكفر والإيمان، والصدق والكذب، والحي والجماد، والحلال والحرام، والصحيح والباطل، والتصديق والجحود، والرجاء والقنوط، والعدل والجور، والرضى والإكراه، والعلم والجهل.

٣. **العموم والخصوص المطلق**: وهو أن يكون احد اللفظين بحسب المفهوم أعم مطلقاً والآخر بحسب مفهومه أخصّ مطلقاً، فعندئذ كلما تحقق الأخص يتحقق معه الأعم دون العكس الكلي، فقد يتحقق العام في مجال آخر بدون هذا الخاص.
ومن أمثلة ذلك: الجناية والقتل العمد العدوان، فكل قتلٍ عمدٍ عدوانٍ جنايةٌ، ولكن ليست كل جناية قتلاً لجواز أن تكون سرقةً أو تجسساً أو غيرهما.
والتصرف الشرعي (القانوني) والعقد، فكل عقد تصرفٌ، لكن ليس كل تصرف عقداً، لجواز أن يكون تصرفاً انفراديا (إرادة منفردة).

٤. **العموم والخصوص من وجه**: وهو أن يكون كل من اللفظين بحسب المفهوم عاماً من وجه وخاصاً من وجه آخر، يكون خاصاً عندما يجتمع مع الآخر في حالة من الحالات، ويكون عاماً إذا فارقه وأجتمع مع آخر.

---

[١] وقد فرقت بعض القوانين منها قانون العقوبات العراقي (م٢٣) بين الجناية والجريمة فاعتبرت الجريمة أعم من الجناية، لأنها تشمل الجنحة والمخالفة، لكن في الشريعة هما مترادفان وعبارتان عن ارتكاب فعل محظور أو ترك واجب بحيث يعاقب المرتكب.

[٢] في قواعد العلائي ١/٤٤٠، تحقيق الدكتور الشيخ مصطفى البنجويني (الباطل والفاسد مترادفان)، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) أنهما متباينان.

ومن أمثلة ذلك المال والحق الشخصي[١] فإنهما يجتمعان في مبلغ من النقود لشخص يكون بذمة شخص آخر، فهذا المبلغ مال، لأن له منفعةً مباحةً ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، وحق شخصي لأنه بذمة الغير لا يتصرف فيه إلا بوساطة هذا الغير.
وقد يفترق المال عن الحق الشخصي فيتحقق مع الحق العيني[٢] كالدار والسيارة والأرض وغيرها من الحقوق العينية، فهي أموال وحقوق عينية لمالكها، وليست بحقوق شخصية، إذن المال من هذا الوجه عام، لأنه يجتمع مرة مع الحق الشخصي وأخرى مع الحق العيني، وكذلك الحق الشخصي قد ينفرد عن المال ويتحقق فيما ليس بمال أصلاً، كحق كل زوج في التمتع بالآخر فهو حق شخصي، ولكنه ليس بمال لأنه غير قابل للتصرف فيه ولا يقبل نقله إلى الغير لا بعوض ولا بدون عوض.

التعارض والتناقض والتضاد والتضايف:[٣]

التعارض: هو اختلاف دليلين في الحكم بحيث يمكن الجمع بينهما أو ترجيح أحدهما على الآخر، فإذا لم يتيسر الجمع والترجيح، يُعد المتأخر منهما تشريعا مُلغياً للمتقدم.
التناقض: هو اختلاف القضيتين بالإيجاب والسلب، بحيث يقتضي لذاتها صدق إحداهما كذب الأخرى، وكذب إحداهما صدق الأخرى، كقولنا: زيد إنسان، زيد ليس بإنسان.
التضاد: يقع بين شيئين الوجوديين اللذين لا يجتمعان في محل واحد، ويُمكن أن يرتفعان عنه، كالسواد والبياض.
التضايف: يقع بين شيئين الوجوديين اللذين يُعقل كل منهما بالنسبة إلى الآخر، نحو الأبوة والبنوة.

---

[١] كل ما للإنسان بذمة الغير يسمى حقاً شخصياً سواء كان مالياً كحق الدائن في الدين الذي بذمة المدين أو كان غير مالي كحق احد الزوجين على الأخر في الالتزامات غير المالية .

[٢] وهو سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين تخوله صلاحية التصرف في هذا الشيء واستغلاله واستعماله وحيازته كحق الملكية.

[٣] يراجع مؤلفنا أيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، القاعدة (كل تناقض تعارض دون العكس).

الاستعمال والاحتمال والبيان:

الاستعمال: إطلاق اللفظ وإرادة المعنى، وهو لا يكون إلا بعد الوضع ويكون دائماً صفة المتكلم.

الاحتمال: هو تحميل اللفظ المعنى سواءً كان مطابقاً لمعناه المراد أم لا، وهو صفة المخاطب، وإذا حصل الاحتمال في دليل سقط الاستدلال به.

البيان: هو استجلاء المعنى المراد من لفظ غير واضح، فإذا كان من الشارع (أو المشرع) يكون تفسيراً تشريعياً، ومن القاضي يكون قضائياً، ومن الفقيه يكون فقهياً. والأول ملزم بخلاف الثاني والثالث.

خطة البحث:

إن طبيعة دراسة الموضوع تتطلب توزيعها من الناحية الشكلية على الفصول الثمانية الآتية:

الفصل الأول ـ الحكم الشرعي ومصادره.

الفصل الثاني ـ ألفاظ النصوص من حيث وضعها لمعانيها.

الفصل الثالث: النصوص باعتبار استعمالها في المعاني.

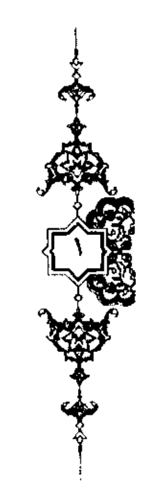
الفصل الرابع: دلالات النصوص منطوقا ومفهوما.

الفصل الخامس: دلالات النصوص وضوحا وخفاء.

الفصل السادس: التعارض وطرق رفعه.

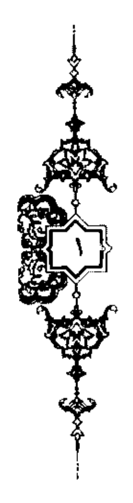
الفصل السابع: التفسير والتأويل والترتيل والتنسيق.

الفصل الثامن: الاجتهاد والتقليد.



الفصل الأول
التعريف بالحكم الشرعي

وينقسم هذا الموضوع إلى ثلاثة مباحث، يُخصص الأول للحكم الشرعي وأنواعه، والثاني لعناصر الحكم الشرعي، والثالث لمصادر الحكم الشرعي.





المبحث الأول
الحكم الشرعي

وهو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان والوقائع على وجه الاقتضاء أو التخيير أو الوضع.

ويؤخذ من هذا التعريف أن الحكم الشرعي قسمان:

القسم الأول: الحكم الشرعي التكليفي.

والقسم الثاني: الحكم الشرعي الوضعي.

القسم الأول: الحكم الشرعي التكليفي:

هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير .

تحليل التعريف:

(**مدلول خطاب الله**): هو الحكم الذي يدل عليه النص بصورة مباشرة، كما في حالة استخراج الحكم من النص، أو غير مباشرة كما في حالات إخراج الحكم من المصادر التبعية الكاشفة لحكم النص، ويأتي تفصيل ذلك بإذن الله.

(**المتعلق**): أي المنظم لتصرفات الإنسان والوقائع بحيث تؤتي ثمارها الدنيوية والأخروية.

(**بتصرفات الإنسان**): التصرف الشرعي أو القانوني هو كل ما يصدر عن الإنسان المميز العاقل المختار الواعي، بحيث يرتب عليه الشرع أو القانون آثارا من الحقوق والالتزامات[1] .

---

[1] اما تعريف فقهاء القانون للتصرف القانوني بانه اتجاه الارادة نحو احداث اثر يعتد به القانون، فانه تعريف خاطىء من الاوجه الاتية:

١- اتجاه الارادة غير التصرف لان التصرف نتيجة لاتجاه الارادة والاتجاه صفة الانسان والتصرف أثره ونتيجته .

٢- ان التصرف بهذا المعنى ينحصر في الاقوال، كما حصره علماء القانون في العقد والارادة المنفردة، بينما التصرف في لغة العرب وعرف العرب يشمل ما يصدر عن الانسان من الاقوال والافعال، اذا توافر فيها العناصر الستة التي ذكرناها .

وبناء على هذا التعريف فإن التصرف الشرعي أو القانوني يتوقف على العناصر الستة الآتية:

١- أن يصدر الحدث عن إنسان، فكل ما يصدر عن غير الإنسان من الحيوانات والجمادات تسمى واقعة.

٢- إن يكون الإنسان مميزا، فكل ما يصدر عن عديم الأهلية كالصبي غير المميز فهو واقعة.

٣- أن يكون الإنسان عاقلاً، فكل ما يصدر عن المجنون فهو واقعة .

٤- إن يكون مختاراً، فكل ما يصدر عن المضطر والمكره يكون واقعة .

٥- أن يكون واعياً، فكل ما يصدر عن الخاطئ والناسي والغافل والمغمى عليه والنائم ونحو ذلك يكون واقعة .

٦- إن يكون بحيث يرتب عليه الشرع أو القانون أثراً من الحقوق والالتزامات، وبتعبير آخر أن يكون خاضعاً للتنظيم الشرعي أو القانوني، وأما ما يصدر عن الإنسان من الأقوال والأفعال الاعتيادية اليومية التي لم ينظمها، لا الشرع ولا القانون، لا يكون تصرفاً ولا واقعة، كأكل نوع معين من المأكولات، والنوم في ساعة معينة، والزيارة في وقت خاص ونحو ذلك، لا توصف بأنها تصرف شرعي أو قانوني، ولا بأنها واقعة شرعية أو قانونية، وإنما هي أعمال مباحة للإنسان لا يُحاسب على فعلها ولا على تركها ما دامت في نطاق المشروعية .

وإذا تخلف عنصر من هذه العناصر، يكون الحدث واقعة.

(الاقتضاء): هو طلب الفعل أو الترك.

أ ـ طلب الفعل إذا كان على سبيل الحتم والإلزام، يكون إيجابا وهو صفة الشارع، وأثره هو الوجوب وهو صفة تصرفات الإنسان الذي يسمى فقهاً، والمطلوب يكون واجباً.

ب ـ اذا كان طلب الفعل على وجه الأفضلية والأولوية، يكون استحباباً وأثره هو الندب والمطلوب هو المندوب أو المستحب.

٣-التصرف يتحقق بقُدرة الإنسان لا باتجاه أرادته، لأن نتائج أعمال الإنسان وأقواله هي من قدرته والقدرة تابعة لإرادته وإرادته تابعة لإدراكه.

ج- اذا كان طلب الترك على وجه الحتم والإلزام، يكون تحريماً وأثره الحرمة، والمطلوب تركه هو المحرم .

د- اذا كان طلب الترك على وجه الأولوية والأفضلية، يكون الطلب استكراها وأثره كراهة والمطلوب تركه مكروه .

هـ- اذا كان الطلب للتخيير أي تخيير الإنسان بين فعل الشيء وتركه، بحيث لا يثاب ولا يعاقب على أحدهما، فهو استباحة، وأثره الإباحة، والمطلوب هو المباح.

وهذه الأقسام الخمسة هي أنواع الحكم التكليفي.

فالإيجاب والاستحباب والتحريم والاستكراه والاستباحة هي الأحكام عند الأصوليين وصفات الشارع.

والوجوب والندب والحرمة والكراهة والإباحة هي أحكام عند الفقهاء وصفات تصرفات الإنسان.

الحكم الشرعي التكليفي إما أصولي او فقهي:

أ- الحكم الأصولي هو الإيجاب والاستحباب (أو الإستنداب) والتحريم والاستكراه والاستباحة.

ب- الحكم الفقهي هو الوجوب والندب والحرمة والكراهة والإباحة.

ملاحظة:

١ـ تعابير الاستحباب والاستكراه والاستباحة من اقتراحي واختياري، وذلك استبعاداً لأسلوب علماء أصول الفقه في استعمال مصطلح واحد للحكمين الأصولي والفقهي، كالندب لصفة الشارع وصفة الفعل وكذلك الكراهة والإباحة، وهذا الأسلوب غير دقيق.

٢ـ استعمل بعض[1] علماء أصول الفقه للأحكام الشرعية الواجب والمندوب والمحرم والمكروه والمباح، وهذا أيضا خلاف الواقع، لأن الواجب هو الفعل المتصف بصفة

---

(1) كالامام الغزالي (رحمه الله) في كتابه المستصفى ص٨٠ حيث قال اما التمهيد فان أقسام الاحكام الثابتة لافعال المكلفين خمسة:ـ (الواجب والمحرم والمباح والمندوب والمكروه) والصواب ان يقال (الوجوب والحرمة والاباحة والندب والكراهة) لان هذه هي الاحكام الشرعية الثابتة لافعال المكلفين.

الوجوب، وكذا المندوب والمحرم والمكروه والمباح ليست أحكاماً، وإنما هي أفعال أو أقوال متصفة بالندب أو الحرمة أو الكراهة أو الإباحة..

٣- عرف البعض كابن السبكي،[١] الحكم الشرعي التكليفي، ثم قسمه إلى الحكم الشرعي التكليفي والحكم الشرعي الوضعي، فهو من قبيل تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره، وهو خطأ جسيم، وأنتقد انتقادي هذا بعض أساتذة الشريعة لعدم فهمهم للموضوع.

القسم الثاني: الحكم الشرعي الوضعي:

هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان أو الوقائع على وجه الوضع، أي اعتبارها سبباً لحكم أو شرطاً له أو مانعاً منه .

وهذا التنويع الثلاثي هو إتجاه الجمهور، وذهب البعض[٢] إلى إضافة نوعين آخرين إلى الأنواع الثلاثة المذكورة، وهما الصحة والبطلان. بل أضاف البعض نوعين آخرين وهما العزيمة والرخصة، واتجاه الجمهور هو القمين بالأخذ، لأن الأربعة الباقية تجتمع مع الأحكام التكليفية أيضاً.

أنواع الحكم الوضعي:

النوع الأول: السبب:

السبب في اللغة: ما يمكن التوصل به إلى مقصود، ومنه سمي الطريق سبباً، وفي اصطلاح الأصوليين: (وصف ظاهر منضبط[٣] يُرتب الشارع عليه حكماً يتحقق بتحققه وينتفي بانتفائه)[٤].

---

[١] الإمام تاج الدين عبدالوهاب ابن السبكي، جمع الجوامع، مطبعة دارإحياء الكتب العربية، ٤٦/١.

[٢] كصاحب جمع الجوامع ٩٤/١ وما بعدها. وكالشاطبي في الموافقات ١٧٨/١، وفيه القسم الثاني من قسمي الأحكام يرجع إلى خطاب الوضع، وهو ينحصر في الأسباب والشروط والموانع والصحة والبطلان والعزائم والرخص فهذه خمسة أنواع..

[٣] أي لا يختلف باختلاف الأشخاص والزمان والمكان.

[٤] لمزيد من التفصيل يراجع جمع الجوامع وشرحه ٩٢/١.

أنواع السبب:

ينقسم السبب إلى عدة أنواع بالاعتبارات الآتية:

أولاً- باعتبار طبيعته: أما سبب منشئ، أو سبب قصدي (غرض مباشر)، أو سبب دافع (باعث دافع).

١- السبب المنشئ ويُقصد به السبب المولد للحقوق والالتزامات، الذي سماه القانونيون خطأً مصدراً كالعقد والإرادة المنفردة.

٢- السبب القصدي[١]- الغرض المباشر أو المقصود - هو الذي يرمي إليه المتعاقد من وراء التزامه، ففي عقد البيع السبب القصدي لالتزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري هو الحصول على الثمن - أو على التزام المشتري بدفع الثمن-. وكذلك السبب القصدي لالتزام المشتري بدفع الثمن هو الحصول على التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه إليه.

وهذا الغرض المباشر لا يختلف من متعاقد إلى آخر، وهو جزء من العقد يُفتَش عنه في داخله، لأنه معقود عليه وذو طابع واحد ، ومحل بحث هذا النوع من السبب هو باب المعاوضات المالية، ففي العقود الملزمة للجانبين يبحثه الفقه الإسلامي تحت عنوان المقصود[٢] أو القصد الأصلي أو المعقود عليه[٣]، وهذه التعابير أدق من تعبير (السبب)، لأن اصطلاح السبب يُعطي فكرة عن شيء سابق.

٣- السبب الدافع (أو الباعث الدافع) إلى التعاقد، أو إلى التصرف الانفرادي (الإرادة المنفردة) ، هو الغرض البعيد - أو الغرض غير المباشر-[٤] وهو يتميز من

---

[١] ويطلق عليه السبب الفني أيضاً كما يُسمى مقصوداً. قال عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١٢١/٢ (كل تصرف تباعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل).

[٢] لمزيد من التفصيل يراجع الكاساني، البدائع١٧٩/٤.

[٣] ويقول فقهاء القانون (السبب في التبرعات نية التبرع) وهذا خطأ، لان النية صفة قائمة بمن يصدر عنه التصرف، في حين أن السبب يجب أن يكون دافعاً خارجياً كالباعث الدافع)، وفقهاء الشريعة اقرب إلى الصواب حيث قال الكاساني، البدائع ١٥/٦ (سبب الهبة إرادة الخير أو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء).وجاء في الدر المختار ١٤٩/٢ (الهبة سببها إرادة الخير للواهب والوقف سببه إرادة محبوب النفس) أي الخير المراد.

[٤] وهذا النوع من السبب هو المراد بقول الرسول ﷺ (إِنَمَا الأعمَالُ بالنيات وَإِنَمَا لِكُلِ امرِئٍ مَا نوَى). يقول ابن القيم، أعلام الموقعين ٨٤/٣ (قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها، إن

النوع الثاني (السبب القصدي) بأنه نفساني وشخصي وخارج عن العقد، يختلف باختلاف الأشخاص.

وعلى سبيل المثل الباعث الدافع في بيع السيارة قد يكون عند شخص شراء سيارة جديدة، وعند ثانٍ الزواج، وعند ثالث بناء البيت، وهكذا. وقد يكون في نوع واحد من العقد عشرات البواعث المختلفة.

ثانياً – من حيث دور إرادة الإنسان في السبب، إما إرادي أو لا إرادي.

١- **السبب الإرادي**: هو الذي يكون من مقدور الإنسان ويكون خاضعاً لإرادته إن شاء فعله وان شاء تركه، فهو عبارة عن تصرفاته القولية -العقد والإرادة المنفردة- والفعلية -المشروعة وغير المشروعة-، فالعقود والتصرفات القولية الانفرادية وجميع أعماله المشروعة التي قصد بها إحداث أثر يعتد به الشرع، وجميع أعماله غير المشروعة كالإتلاف والجرائم بكافة أنواعها (جرائم الأشخاص والأموال والأخلاق وجرائم الأمن والاستقرار) كلها أسباب إرادية، فالعقود والتصرفات الانفرادية أسباب لانتقال وكسب الأموال، وإتلافه سبب للتعويض، وجرائمه أسباب للعقوبات.

٢- **السبب اللاإرادي** - أو الواقعة الشرعية أو القانونية - هو الذي لا يخضع لإرادة الإنسان لأنه ليس من مقدوره، أو كان من مقدوره ولكن لم يصدر عنه بإرادته، ففي الحالتين لا دخل لإرادته في تكوينه وحدوثه، وهو ينشئ ويرتب الآثار رغم إرادته، وبهذا يختلف الحكم الوضعي عن الحكم التكليفي، لأن الثاني لا يكون إلا في الأسباب الإرادية الصادرة من المكلف -البالغ العاقل العالم بالمكلف به والقادر عليه المختار-.

المقاصد والاعتقادات والتصرفات كلها معتبرة كما في العبادات والقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً أو صحيحاً أو فاسداً).

السبب والعلة:

في الصلة بين السبب والعلة آراء مختلفة للأصوليين أهمها:

أ- السبب والعلة مترادفان، فكل منهما أمارة - دليل ظني - أو علامة على وجود الحكم، فالسفر سبب وعلة لإباحة الفطر، ودلوك الشمس سبب وعلة لوجوب الصلاة، والعقد سبب وعلة لكسب الملكية، والقتل سبب وعلة لوجوب العقوبة وهكذا -[١].

ب- العلة قسيم السبب ، فالحكم الوضعي أربعة أقسام: السبب والعلة والشرط والمانع[٢].

جـ- العلة أخص مطلقاً والسبب أعم مطلقاً ، فكل علة سبب وليس كل سبب علة، لأن الإنسان إذا أدرك الصلة والعلاقة بين السبب ومسببه، كالقتل للقصاص والسرقة لعقوبة القطع والإتلاف للتعويض، فإنه علة كما أنه سببٌ، وان لم يُدرك عقل الإنسان الحكمة والربط والصلة بينه وبين مسببه، فهو سبب فقط وليس بعلة، كدلوك الشمس جعله الشارع سبباً لوجوب صلاة الظهر، والعقل قاصر عن إدراك الصلة بينهما، وكذلك دخول شهر رمضان بالنسبة لوجوب الصيام[٣].

د- الرأي الذي نختاره ونوصي بالأخذ به هو أن العلة تختلف في حقيقتها وجوهرها عن السبب، لأن العلة في روح الشريعة الإسلامية هي الغاية لتطبيق الحكم الشرعي والحكمة المتوخاة من تشريعه[٤]، وهذه الغاية (أو الغرض) عبارة عن نتيجة تطبيق أحكام الله كما هو المطلوب، وهذه النتيجة هي جلب المنافع للناس ودرء المفاسد عنهم، فسبب وجوب القصاص هو القتل العمد العدوان، وعلته هي المحافظة على أرواح وسلامة الأبرياء، وسبب وجوب الجلد هو الزنا، وعلته هي المحافظة على الأعراض والأنساب، وسبب وجوب قطع اليد هو السرقة، وعلته هي المحافظة على أموال الناس، وهكذا.[٥]

---

[١] في كشف الأسرار، أصول البزدوي٤/١٢٩١ (إن العلل -أي الأسباب الشرعية - غير موجبة بأنفسها وإنما الموجب للأحكام هو الله، والعقود داخلة في العلل الشرعية).

[٢] لمزيد من التفصيل يراجع الفتوحي، شرح الكوكب المنير، ص١٦٣.

[٣] لمزيد من التفصيل يراجع تسهيل الوصول إلى علم الأصول للمحلاوي، ص٢٥٦.

[٤] قال الشاطبي، الموافقات ١/٢٦٥ (أما العلة فالمراد بها الحِكَمُ والمصالح التي تعلقت بها الأوامر والإباحة والمفاسد التي تعلقت بها النواهي).

[٥] والحاصل علة التحريم هي حماية مصلحة أو حق يراه الشارع جديرا بالحماية الجنائية، والسبب هو الفعل الذي يولد الاعتداء على هذه المصلحة أو الحق، فعلة تحريم القتل هي حماية الحق في

وهذا المعنى للعلة هو المقصود من كلام بعض فلاسفة المسلمين -كالمعتزلة وغيرهم- : (إن أحكام الله معللة بالأغراض)، وقد عارضهم الآخرون - كالأشاعرة – قالوا: (بعدم صحة هذا الكلام لأنه يدل على نقص الشارع وحاجته إلى تشريع الأحكام والأمر بتطبيقها لسد نقصه وحاجته). ولكن هذا زعم غير دقيق، لأن الأغراض والعلل والحكم والنتائج لتشريع الأحكام وتطبيقها، إنما هي بالنسبة للمكلفين بتنفيذ هذه الأحكام دون من شرعها وأمر بتطبيقها وتُسمى المصالح، وبالنسبة إلى الشارع تُسمى المقاصد.

ثم إن منشأ خلط القائلين بوحدة السبب والعلة هو الخلط بين العلة بمفهوم الفلسفة اليونانية وبين العلة بمفهوم الفلسفة الإسلامية[1].

السبب المباشر والسبب غير المباشر:

من القواعد العامة: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر)[1]، غير أن هذه القاعدة غير صحيحة على إطلاقها، بل الصواب: (يضاف الحكم إلى الأقوى منهما وإذا

الحياة، وعلة تجريم الجرح والضرب هي حماية الحق في سلامة الجسم، وعلة تحريم القبض على الاشخاص أو الحبس دون مبرر هي حماية الحق في الحرية، وعلة تحريم الاغتصاب أو هتك العرض هما حماية الشرف والانساب، وعلة تحريم السرقة هي حماية الملكية، وعلة تحريم التزوير هي حماية الثقة العامة في الوثائق والمحررات، وهكذا في امثال هذه القضايا، فالعلة في كل قضية شرعية أو قانونية هي المصلحة المتوخاة من تشريع حكمها والمعنية بالحماية من الشارع(أو المشرع).

[1] العلة بالمعنى الفلسفي (أو العلة العقلية) عند اليونان يراد بها الموجد والمؤثر والخالق، فالموجد والخالق للأحكام الشرعية هو الله سبحانه وتعالى كما قال سبحانه وتعالى ﴿ان الحكم الا لله﴾. وأما العلة بمفهوم الفلسفة الإسلامية التي استعملها السلف الصالح، فقالوا (هل أحكام الله وأفعاله معللة بالأغراض أو لا؟) فهي بمعنى الغاية المتوخاة من تشريعها أو النتيجة التي تتحقق بسبب تشريع الأحكام وتطبيقها وتنفيذها من جلب نفع دنيوي أو أخروي، أو درء ضرر دنيوي أو أخروي، فهذه النتيجة بالنسبة إلى الله تسمى الحكمة، وبالنسبة إلى النصوص تسمى المقصد، وبالنسبة إلى العبد تسمى الغاية (أو الغرض أو المصلحة) وبالنسبة إلى تشريع الحكم تسمى العلة (الباعث)، وبناء على ذلك إطلاق السبب على العلة أو العلة على السبب إطلاق مجازي أو مصطلح عرفي لعلماء الأصول أو خلط بين السبب والعلة.

تساويا تضامنا في المسؤولية)، فإذا وقع فعل وكان له مباشر ومتسبب، فإن الحكم الذي يترتب عليه تقع مسؤوليته على المتغلب من فاعله المباشر والمتسبب، ويتفرع عن هذه القاعدة أحكام منها:

أ- من حفر بئراً في مكان غير مسموح به، فألقى فيها شخصٌ مال غيره، فالضمان يكون على الملقي لأنه المتغلب دون الحافر.

ب- من دل سارقاً على مال الغير فسرقه، يكون العقاب والضمان على السارق، لأنه المتغلب ولكن الدال يعاقب بعقوبة تعزيرية.

جـ- إذا دل الوديع سارقاً على الوديعة فسرقها، فالضمان على الوديع، لأنه المتغلب بتقصيره في الحفظ.

د- إذا حكم القاضي بناء على الشهادة القائمة المعتبرة، ثم رجع الشهود عن شهادتهم،أو بناء على شهادة الزور وهو لا يعلم،فضمان ما خسره المحكوم عليه يكون على الشهود المسببين دون القاضي المباشر، لأن التغلب لهم والقاضي يحكم بالظاهر.

هـ- إذا أكره على إتلاف مال أو نفسٍ شخص عديم الأهلية، أو من يعتقد أن طاعة المُكْرِه واجبة عليه، فالمسؤولية على المكرِه(بكسر الراء) المتسبب دون الفاعل المباشر، لأنه بمثابة آلة التنفيذ في مثل هذه الحالات، فيكون التغلب للمسبب.

و- إذا لم يمكن التنفيذ إلا بتعاون المسبب والمباشر معاً، تقع المسؤولية على كليهما بالسوية، جنائية كانت أم مدنية، كمن مسك شخصاً فقتله آخر، فالقصاص عليهما معاً.

النوع الثاني : الشرط

الشرط في اللغة العلامة، ومنه قوله تعالى ﴿فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلاّ السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا ﴾[٢] أي علاماتها.

وفي الاصطلاح الشرعي - أو القانوني - ما يتوقف عليه الشيء وجوداً أو صفة، دون أن يكون جزءاً من حقيقته، بحيث يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود ، كحضور

---

[١] القاعدة ٨٩ و م٩٠ من مجلة الأحكام العدلية وهذه القاعدة انتشرت في العالم الإسلامي رغم خطئها، ولم اطلع على مرجع فقهي أو قانوني ينبهنا على هذا الخطأ الشائع.

[٢] سورة محمد/ ١٨.

الشاهدين في عقد الزواج فلا يلزم من الحضور إكمال الزواج، لكن يلزم من عدمه عدم صحته عند جمهور الفقهاء[١].

أنواع الشرط:

ينقسم الشرط بحيثيات مختلفة إلى أنواع متعددة أهمها ما يلي:

أولاً- من حيث مصدره، شرعي أو عقلي أو عادي أو قانوني أو جعلي.

١- **الشرط الشرعي**[٢] هو وصف ظاهر منضبط اعتبر الشارع وجوده ضرورياً لانعقاد التصرف أو لصحته أو لنفاذه أو للزومه.

أ- في العبادات النية شرط لانعقادها والوضوء شرط لصحة الصلاة.

ب- في المعاملات المالية التمييز شرط لانعقادها، والقدرة على تسليم محل العقد شرط لصحته، والأهلية الكاملة شرط لصحة التبرعات، والولاية على التصرف أو على محله شرط لنفاذه، وخلو التصرف مما يبرر فسخه -كالعيب-شرط للزومه.

جـ- في عقد الزواج فهم كل من المتعاقدين لما يصدر عن الآخر وموافقة الإيجاب للقبول شرط لانعقاده، وحضور الشاهدين شرط لصحته، والولاية على إنشائه شرط لنفاذه[٣]، والكفاءة شرط للزومه.

٢- **الشرط العقلي**، هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء بمقتضى العقل كالحياة للعلم، فالعقل يقضي بأن الكائنات غير الحية لا علم لها، لأن الحياة من شروطه، ولكن لا يلزم من وجودها وجوده، وكالماء والهواء فإنهما من شروط الحياة واستمراريتها عقلاً.

٣- **الشرط العادي**، هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء عادة، كنصب السلم لصعود السطح.

---

[١] عند الشيعة الامامية ليس شرطاً.

[٢] لمزيد من التفصيل يراجع مختصر المنتهى ٢/٧ والأحكام للآمدي ١/١٠٠ وتسهيل الوصول، ص٢٥٥.

[٣] أي عند بعض الفقهاء، منهم محمد الشيباني من فقهاء أبي حنيفة (رحمه الله)، في الهداية بشرح فتح القدير ٣/٢٥٦، وعند محمد ينعقد موقوفاً، أي موقوفاً على إجازة الولي إذا تولته البالغة العاقلة بدون إذنه.

٤- **الشرط القانوني،** هو الذي يكون مصدره هو القانون، ومن الشروط القانونية: شروط التعيين في وظائف الدولة، وشروط القبول في الكليات، وشروط القبول في المعهد القضائي، وشرط المقابلة بالمثل في الميراث وتسليم المجرمين بين الدول.

٥- **الشرط الجعلي - أو الشرط اللغوي-** وهو الشرط الذي يكون مصدره إرادة المتعاقدين، وعبارة عن جملة شرطية مُصدرة بأداة من أدوات الشرط مثل (إن، إذا) وهو لا يتعلق إلا بالأمور المستقبلية، أما الماضية فلا دخل له فيها. وبموجبه يتحدد آثار العقد، كالبيع بشرط تسليم الثمن قبل تسليم المبيع، أو بشرط تقسيط الثمن، أو بشرط أن تكون نفقات الشحن أو النقل على أحد الطرفين الذي يحدد في العقد، وكشرط التصليح من قبل الشركات لمدة محددة إذا عطل الجهاز بدون تقصير المشتري، وغير ذلك من عشرات الشروط التجارية السائدة.

وجدير بالذكر أن الشرط الجعلي - أو اللغوي - بمثابة السبب، لأنه يلزم من وجوده وجود المشروط، ومن عدمه العدم، وهذا هو شأن السبب وطبيعته، بخلاف الشرط غير الجعلي، حيث لا يلزم من وجوده وجود المشروط.

مدى سلطان الإرادة في إنشاء الشروط:

اختلف فقهاء الشريعة والقانون في مدى سلطان إرادة الإنسان في استحداث الشرط واستعماله في تصرفاته، على ثلاثة اتجاهات:

١- **الاتجاه الضيق:** -الذي تزعمه الظاهرية- هو أن الأصل في العقود والشروط الحظر، فلا يُباح منها إلا ما أباحه الشارع وورد به نص من كتاب أو سنة أو إجماع، لأن الحقوق والالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال وإرادة المتعاقدين، وإنما من الشارع.[١]

ويُنتقد هذا الاتجاه بأن فيه التضييق على الناس في معاملاتهم، وفيه الحرج الذي يرفضه القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾.[٢]

٢- **الاتجاه الواسع:** -الذي اختاره الحنابلة- هو أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، ما لم يرد نص بخلاف ذلك. فللإنسان أن يعقد أي عقد يراه، سواء وجِد له نظير سابق أو لا، وله أن يضيف من الشروط ما يرغب ويريد، مادام فيه مصلحة المتعاقدين، ولم

---

[١] لمزيد من التفصيل يُراجع (الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري) ٥/٥٩٨ وما بعدها.
[٢] الحج : ٧٨

يرد نص على خلاف ذلك.[1]

٣- الاتجاه الوسط: -الذي تبناه الحنفية ومن حذا حذوهم- وهو التفصيل الآتي:

أ- الشرط الذي يقتضيه العقد،[2] أو جاء به الشرع[3]، أو تعارف عليه الناس[4]، جائز.

ب- الشرط الذي يحقق نفعاً لأحد المتعاقدين دون مقابل، فاسدٌ[5] ومفسد للتصرفات التعاقدية في المعاوضات، أما في غير المبادلات المالية، كالزواج والتبرعات والتوثيقات، فالعقد صحيح، والشرط وحده فاسد لا يُقيد به.

ج- ما لم يتوفر فيه شيء مما سبق في الشرطين الصحيح والفاسد لغوٌ، وجوده وعدمه سيان، كأن تشترط الزوجة أن لا ينقلها زوجها من بلد أهلها، أو يشترط بائع السيارة أن لا يستخدمها المشتري إلا في مدينة كذا.

الشرط الجعلي واقف، وفاسخ، وجزائي:

أ- الشرط الواقف: هو الذي لا تترتب آثار التصرف المشروط إلا بعد توفر الشرط، كمن وهب سيارته لابنه إذا نجح في الامتحان، ولا تنتقل ملكية السيارة إلى الموهوب له إلا بعد تحقق هذا الشرط.

ب- الشرط الفاسخ: وهو الذي يترتب على تحققه فسخ التصرف المشروط، كمن وهب داره لأرملة أخيه المتوفى على أن لا تتزوج وتبقى مربية وحاضنة لأولاد أخيه، فتنتقل الملكية، ولكنها معرضة للزوال (أي عقد غير لازم)، فإذا تزوجت، ينفسخ عقد الهبة من تأريخ الزواج لا بأثر رجعي.

الشرط الجعلي في القانون: يتفق القانون المدني مع الاتجاه الثالث في الفقه الإسلامي، كما جاء في المادة (١٣١/١) من القانون المدني العراقي النافذ من أنه

---

[1] يُنظر فتاوى ابن تيمية ٣/٣٢٣ وما بعدها.
أعلام الموقعين ٢/٢٢٨ وما بعدها.

[2] كإشتراط تقديم كفيل أو رهن بالثمن في حالة تأجيله، وكإشتراط حبس المبيع إلى قبض الثمن.

[3] كخيار الشرط وخيار الرؤية، إذا لم يكن البائع رأى المبيع عند العقد.

[4] كإشتراط الضمان، والتعهد بإصلاح المبيع خلال فترة زمنية، أو نقل المبيع على نفقات البائع.

[5] يُنظر الأستاذ محمد سلام مدكور، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ص٤٢٥.

(يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة).

ج- **الشرط الجزائي**، وهو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه. ويتميز من العربون بأن الثاني قد يُقصد به تأكيد انعقاد العقد فيكون بمثابة تقديم جزء من الثمن.

فالقانون يُقرّ أنواعاً كثيرة من الشروط الجعلية، منها الشرط الواقف، والشرط الفاسخ، والشرط الجزائي.

الشرط والركن[1]:

الشرط والركن عنصران في تصرفات الإنسان الإرادية في العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية والجنايات، وأي تصرف آخر يصدر عن الإنسان بقصد أحداث أثر يعتد به الشرع (أو القانون)، وبناء على ذلك يتفقان في إن صحة التصرفات تتوقف عليهما، غير أنهما يختلفان عند جمهور الفقهاء في أن الركن عنصر من التصرف الذي يتوقف عليه وجزء من حقيقته وماهيته، كالإيجاب والقبول في صيغ العقود، بخلاف الشرط فإنه عنصر يتوقف عليه الوجود الشرعي (أو القانوني) للتصرف، لكنه خارج عن حقيقته وماهيته، كأهلية الأداء الكاملة شرط لصحة التبرعات، مثل الإيجاب والقبول من الأركان في عقد الزواج وحضور الشاهدين شرط لصحته، ووفاة المورِّث وحياة الوارث وصلة القرابة أو الزوجية بينهما شروط للميراث، والوارث والمورث والموروث أركانه، ولم يفرق بينهما بعض الفقهاء على أساس أن المراد بكل منهما ما يتوقف عليه الشيء، سواء أكان جزءاً منه أم لا.

النوع الثالث: المانع:

المانع في اللغة: العائق وما يكُفُّك عن الشيء.

وفي اصطلاح الأصوليين: وصف إرادي[2] أو لا إرادي[1] إذا اجتمع مع سبب الحكم، أبطل مفعوله وجعله سبباً صورياً أو منع ترتب الحكم على سببه رغم بقائه سبباً حقيقياً.

---

[1] اختلفوا في تفسير الركن والشرط فقال البعض (هما بمعنى واحد أي ما لابد منه)، ويرى البعض (أن الشرط اعم فكل ركن شرط دون العكس)، والرأي السائد انهما مختلفان، فالشرط يكون قبل العمل والركن يكون أثناء العمل، والركن جزء بخلاف الشرط.

[2] كقتل الوارث لمورثه بارادته فانه مانع من ان يرث منه.

أنواع المانع:

ينقسم المانع بحيثيات مختلفة إلى أنواع متعددة منها ما يلي:

أولاً – من حيث متعلقه مانع الحكم أو مانع السبب:

١- **مانع الحكم:** قد يتحقق السبب الشرعي وتتوافر شروطه، ولكن لا يترتب عليه الحكم لوجود مانع، بناء على قاعدة (إذا اجتمع المانع والمقتضي يُقدم المانع)[٢]، أي إذا تعارض في شيء أمران أحدهما يقتضي اعتباره وترتب الأثر عليه، والثاني يقتضي عدم ذلك، يُرجح المانع ويوقف العمل بالمقتضي -السبب-، ووجه تقديم المانع أنه يتضمن حِكمة، لو لم يُقدم على السبب لفاتت الحكمة[٣].

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- إذا قتل الوارث مورثه يكون القتل مانعاً من ميراثه.

ب- إذا قتل الوالد ولده تكون الأبوة مانعةً من القصاص، لأن الأب كان سبب وجود الولد، فلا يكون الولد سبباً لإعدامه، لكن يعاقب بعقوبة تعزيرية كالسجن.

جـ- إذا باع الراهن المال المرهون لا يُنفذ[٤] البيع بحق الدائن المرتهن في الفقه الإسلامي، مع أن كون المرهون ملكاً للراهن يقتضي نفاذه، ولكن كون المرهون محبوساً عند الدائن المرتهن توثيقاً وضماناً لدينه، يقتضي عدم نفاذ البيع بحقه، وإلا لزالت الحكمة من إنشاء الرهن، وعلى هذا الأساس يقدم المانع على المقتضي.

د- لو باع ناقص الأهلية ماله بدون إذن وليه، يكون العقد موقوفاً على إجازة الولي، رغم أن بيعه مع كونه مالكاً للمبيع يقتضي نفاذ العقد، ولكن كونه

---

[١] كالجنون فانه لا ارادي للانسان ويمنع صحة تصرفاته كما يمنع المساءلة عنه جنائياً إذا ارتكب جريمة.

[٢] المجلة م ٤٦.

[٣] لمزيد من التفصيل يراجع مختصر المنتهى وشرحه ٢/٧.

[٤] أي لا تترتب عليه الآثار من الحقوق والالتزامات إلا بعد إجازة الدائن (المرتهن). خلافاً للقانون فالعقد نافذ لكن للدائن المرتهن حق التتبع واسترداد المرهون إذا لم يسدد الدين.

ناقص الأهلية مانع من ذلك لحكمة هي حماية مصلحته، لذا يُقدم المانع على المقتضي.

٢- **مانع السبب**: وهو الذي يكون مبطلاً لأصل حقيقة السبب، بحيث يجعله من الحقيقي إلى الصوري، فلا يبقى له تأثير فعلي حتى يترتب عليه الحكم، مثل ذلك الدين بالنسبة إلى وجوب الزكاة في مال المدين، فسبب وجوبها هو ملك النصاب[1]، وحكمة جعل هذا السبب موجباً لوجوب الزكاة هي التكافل الاقتصادي والتضامن بين الغني والفقير وسد حاجة الفقير عن طريق مواساة المتمكن ماليا للفقراء والمساكين والمحتاجين من فضل ماله، لكن إذا اصبح هذا الشخص مديناً بما يعادل ملك النصاب أو أكثر، يُعتبر وجود النصاب صورياً، فتسقط عنه مسؤولية الزكاة، لأن الشرع الإسلامي يبني الأحكام على الحقائق، لا على الأمور الصورية[2].

ثانياً- من حيث كونه عذراً، إما مسقط للمسؤولية أو مخفف لها:

١- **المانع المسقط للمسؤولية الجنائية**: يقوم على تخلف ركيزة من الركائز الآتية للمسؤولية الجنائية:

أ- **كون الفعل جريمة حين الارتكاب**: أما إذا كان الفعل مباحاً لفاعله حين عمله لسبب من أسباب الإباحة كالدفاع الشرعي، فان الإباحة تتعارض مع المسؤولية الجنائية. ومن الجدير بالذكر إن كل سبب من أسباب الإباحة يعتبر مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية دون العكس، أي ليس كل مانع من المسؤولية سبباً للإباحة، لأن الفعل قد لا يفقد صفته الجرمية رغم عدم مساءلة فاعله، كالجرائم

---

[1] النصاب : هو المقدار المحدد بالشرع من المال الذي تجب فيه الزكاة، فإذا بلغ هذا الحد تجب فيه وفيما دون ذلك لا تجب.

[2] وإذا اعتبرنا تخلف الشرط مانعا فبالإمكان تقسيمه إلى أربعة أقسام أخرى :

١- مانع الانعقاد: كعدم مطابقة الإيجاب والقبول في العقد ويسمى مانع انعقاد السبب.

٢- مانع الصحة: كعدم القدرة على تسليم المبيع ويسمى مانع تمام السبب.

٣- مانع النفاذ: كعدم الولاية على التصرف لنقص الأهلية أو عدم الولاية على المال ويسمى مانع ابتداء الحكم.

٤- مانع اللزوم: كخيار من خيارات العقد ويسمى مانع تمام الحكم.

التي يرتكبها عديم التمييز لجنون أو صغر أو ما في حكمهما.

ب- **التمييز**: فكل وصف يعدم تمييز الإنسان يكون مانعاً مسقطاً للمسؤولية الجنائية، كالجنون والصغر -إذا كان الصغير دون سن التمييز- وما في حكمهما من النوم والعتَه ونحوهما، لقول الرسول ﷺ : (رُفِعَ القَلَمُ عَن ثَلاَثَة: عَن النَائِم حَتَى يَستَيقِظُ، وَعَن الصَبِي حَتَى يَحتَلِم، وَعَن المَجنُون حَتَى يَفِيق)[١]. المجنون إذا ارتكب جريمة حال جنونه، أو ارتكبها حال الإفاقة أو الأهلية ثم جن جنوناً مطبقاً متصلاً بالموت، لا يُسأل جنائياً[٢] ولكن يُسأل مدنياً عن التعويض (أو الدية)، لأن التعويض مبني على أساس قيام الضرر سواء وجد الخطأ المبني على الإدراك أو لا، وكذلك الصبي غير المميز والنائم الذي وقع على إنسان من مرتفع فقتله، والمعتوه عتهاً، يكون في حكم المجنون، وفي حكم المجنون من فقد تمييزه بمسكرٍ مباح، أو كان غير عالم بأنه مسكر، أو أكره على تعاطيه، أو ألجأته إليه ضرورة، وفي غير هذه الحالات لا يعتبر المسكِر مانعاً.

جـ- **الاختيار**: فالإكراه في حالة غياب الاختيار من موانع المسؤولية الجنائية عند بعض الفقهاء[٣] إذا كان ملجئاً أي معدماً للرضا والاختيار، فإنما يُسأل المكرِه (بكسر الراء) لقول الرسول ﷺ : (رُفِعَ عَن أُمَتي الخَطأ وَالنِسيَان وَمَا إستَكرَهُوا عَلَيهِ)[٤]، لأن المكرَه إكراها ملجئاً بمثابة آلة التنفيذ بيد المكرِه.

وكذلك تعتبر حالة الضرورة مانعةً، وهي عبارة عن مجموعة من الظروف الخارجية تهدد الإنسان بخطر، لذا لا يُسأل جزائياً[٥] من ارتكب جريمة ألجأته إليها ضرورة وقاية نفسه أو غيره، أو عرض، أو مال نفسه أو غيره، من خطر جسيم ومُحدِق، لم

---

[١] رواه احمد والاربعة الا الترمذي وصححه الحاكم، سبل السلام ٢٣٨/٣.

[٢] الخرشي على مختصر الخليل ٩/٨، الام للشافعي ٣٤/٦، المبسوط للسرخسي ١٨٥/٢٦، المغني لابن قدامه ٣٤٦/٧، شرائع الاسلام للمحقق الحلي ٢٧٥/٣، الروض النضير ٥٦٢/٤.

[٣] وهم الحنفية، المبسوط للسرخسي ٧٢/٢٤ وما بعدها. والزيدية، البحر الزخار١٠٠/٥.

[٤] رواه ابن ماجه ٢٠٤٥، ورواه الحاكم ١٩٨/٢. لمزيد من التفصيل يراجع امام الحرمين، البرهان١٢٢٣/٢

[٥] لا يسأل جزائياً فيما عدا الاعتداء على النفس وما دون النفس، فانه يسأل جزائياً ومدنياً، لأنه لا مفاضلة في الإسلام بين النفوس، فمن كان مضطرا إلى الاكل فلا يحق له ان يذبح طفلا لانقاذ حياته من الموت.

يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى، كالإجهاض لإنقاذ حياة الأم.

د- **القصد الجنائي**: فالخطأ في حالة غياب القصد الجنائي يكون مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية إذا لم يكن خطأ جسيماً، وذلك وفقاً لقوله تعالى **﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ﴾**[١]، ولكن يُسأل مدنياً فتجب عليه أو على عاقلته الدية، لقوله تعالى **﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾**[٢]، فتحرير الرقبة -أو بدله عند عدم وجود الرقبة- كفارة وحق لله (حق عام) والدية حق ورثة المُجنى عليه.

هـ- **العلم بتحريم الفعل**: والجهل به في حالة غياب العلم مانع من المسؤولية الجنائية، إذا لم يكن عالماً حين ارتكاب الفعل بأنه محرم لا يجوز فعله، أو واجب لا يجوز تركه، ولم يكن باستطاعته أن يعلم ذلك، فانه لا يُسأل جنائياً، لأن جهل المكلف بالحكم عذر مانع مسقط للمسؤولية، خلافاً للقانون، لسببين:

أحدهما: انه تكليف بما لا يُطاق، وقد قال سبحانه وتعالى **﴿لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾**[٣].

وثانيهما: إن الشريعة الإسلامية أولى شريعة أتت بمبدأ: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وذلك في آيات كثيرة منها **﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾**[٤].

٢- **المانع المخفف** : والعذر قد لا يصل إلى درجة أن يكون مانعاً مسقطاً للمسؤولية، لأن مرتكب العمل الإجرامي يتصف بحالة وسطية بين عديم الأهلية -فليس مثله حتى يسقط التكليف- وبين كامل الأهلية -وليس متمتعاً بأهلية كاملة[٥] حتى يُسأل مساءلة جنائية كاملة- فهذه الحالة الوسطية تُعتبر مخففة

---

[١] سورة الاحزاب/ ٥.

[٢] سورة النساء/ ٩٢.

[٣] سورة البقرة/ ٢٨٦.

[٤] سورة القصص/ ٥٩.

[٥] ويسمى الصغير في هذه الفترة الصبي المميز، وسن البلوغ عند جمهور الفقهاء خمس عشرة سنة، لا فرق في ذلك بين الذكر والانثى، والاحتلام عادة لا يتأخر عن ذلك الا لعارض بدني، غير

للعقوبة، والمانع المخفف له تطبيقات كثيرة في القانون الجنائي، وهناك أعذار قانونية وظروف قضائية تعتبر من الظروف المخففة، فهي مانعة من مساءلة المتهم مساءلة كاملة، ومعاقبته بالعقوبة التامة المقررة للجريمة المرتكبة في حالة طبيعية غير مقترنة بالأعذار والظروف المخففة[١].

ومن أهم تطبيقات موانع المسؤولية الكاملة: الأهلية الناقصة، وفي اكثر بلاد العالم يوجد قانون خاص بالأحداث ومحكمة مختصة تسمى محكمة الأحداث[٢].

ثالثاً- من حيث مداه أما مانع ابتداءً واستمراراً أو مانع ابتداءً فقط أو مانع استمراراً فقط :

١- **المانع ابتداء (إنشاء) واستمراراً** : كمحرمات الزواج تحريماً مؤبداً[٣]، فهي موانع صحة الزواج ابتداءً واستمراراً، وعلى سبيل المثل، الرضاع مانع من إنشاء الزواج ومن استمراره، فإذا كان بين ذكر وأنثى الأخوة في الرضاعة يكون الزواج بينهما باطلاً، وكذلك إذا حدثت هذه الأخوة الرضاعية بعد الزواج تبطله، وينفسخ تلقائياً، وتصويره أن الزواج بين الصغير والصغيرة جائز في الإسلام إذا كانت فيه مصلحة، ويتولى وليهما الإيجاب والقبول بدلاً عنهما، فإذا أرضعت إمرأة الزوجين

أن أبا حنيفة (رحمه الله) خالف الجمهور وحدد سن الرشد (الأهلية الكاملة) بثماني عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة.

ففي المبسوط ٩/١٨٤ (وفي الغلام في احدى الروايتين بثماني عشرة سنة وهو الاصح بالاعتبار)، والرواية الأخرى (تسع عشرة سنة).

ويتفق المالكية مع ابي حنيفة غير انهم اختلفوا، فمنهم من حددها بثماني عشرة سنة ومنهم من قال بان سن إكمال الأهلية تسع عشرة سنة.

[١] انظر م١٢٨-١٣٤ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

[٢] لمزيد من التفصيل، يراجع (موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية) للمؤلف، ص٧٢ وما بعدها.

[٣] لمزيد من التفصيل يراجع القواعد للزركشي ٢/٣٤٧.

وهما دون سنتين من العمر، يبطل زواجهما، وكذلك إذا أرضعت أم الزوج الزوجة الصغيرة، أو أرضعت أم الزوجة الزوج الصغير يبطل الزواج.

ويتحقق الحكم المذكور في المصاهرة أيضاً عند من يقول بثبوتها بالزنا، فالمصاهرة كالرضاع مانعة من صحة الزواج ابتداءً، فلا يجوز للأب أن يتزوج زوجة أولاده وأولاد أولاده، وان حصلت الفرقة قبل الدخول لإطلاق قوله تعالى ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾[١]، وكذلك تحرم بالمصاهرة أم الزوجة لقوله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾[٢]. وتحرم على الأولاد وأولاد الأولاد، زوجات الآباء والأجداد لقوله تعالى ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[٣]. هذا ما اجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، فمن قال بأن المصاهرة تثبت بالزنا أيضاً، كالحنفية قالوا: (إذا زنى الأب بزوجة ابنه أو زنى الابن بزوجة أبيه يبطل الزواج، لأن لفظة -نكاح- حقيقة في الوطء -المعاشرة الجنسية-)[٤] سواء أكانت مشروعة أم غير مشروعة، ومجاز في عقد الزواج. وذهب البعض إلى العكس، والبعض إلى أنه مشترك بينهما.

٢- **المانع ابتداءً لا استمراراً:** فقد يكون المانع مؤثرا في الابتداء يمنع صحة التصرف، لكن إذا تم التصرف ثم حدث المانع، فإنه لا يؤثر عليه، وبالتالي لا يبطله على أساس قاعدة: (البقاء اسهل من الابتداء)[٥].

ومن تطبيقات هذه القاعدة :

أ- إذا اختُطفت زوجة شخص وعاشرها المختطف ثم رجعت إلى زوجها، فلا يجوز للزوج أن يُعاشرها حتى تنتهي عدتها من تأريخ المعاشرة، إذا كانت من ذوات الحيض وفي سن الإنجاب، خشية اختلاط الأنساب، فالعدة مانعة من صحة الزواج ابتداء،

---

[١] سورة النساء/ ٢٣.

[٢] سورة النساء/ ٢٣.

[٣] سورة النساء/ ٢٢.

[٤] في شرح إفاضة الانوار، ص٧١ (والنكاح في قوله تعالى (وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ) للوطء دون العقد)، انظر شرح فتح القدير ٣/٢٢٠ وما بعدها.

[٥] المجلة، م٥٦، وفيهما أيضاً م٥٥ (يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء). وبعكس ذلك قد يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في البقاء كالطلاق مانع من استمرار الزوجية ولكنه ليس مانعاً من إنشائها باستئناف الحياة الزوجية بين الزوجين بعقد جديد أو الرجعة.

لكن إذا حدثت أثناء الزواج كما في هذه الحالة أو حالة الدخول بالشبهة، والمدخول بها تكون زوجة لغير الداخل لا تُبطل الزواج.

ب- المصاهرة التي تثبت من الزنا مانعة من إنشاء الزواج، ولكن إذا حدثت أثناء الزواج لا تبطله عند الجعفرية، لكن تبطله عند الحنفية[1].

جـ- الإحرام في الحج مانع من إنشاء الزواج في حالة إحرام الزوجين أو الزوج أو الولي عند جمهور الفقهاء، لكن بعد إنشاء الزواج إذا لبس الزوجان أو أحدهما الإحرام لا يبطل زواجهما، ولأنه مانع ابتداء وليس بمانع لاستمراره[2]، ولا يصح إيجار المشاع لغير الشريك، ولكن لو أجّر شخص داره ثم ظهر من هو مستحق لنصفها مثلاً، فان الإجارة للنصف الآخر تبقى صحيحة، رغم أن كون المال مشاعاً مانع ابتداءً من إنشاء الإجارة لغير الشريك[3].

٣- **المانع استمراراً لا ابتداءً** : كالطلاق مانع من استمرار الزوجية[4]، ولكن ليس مانعاً من إنشائها باستئناف الحياة الزوجية بعد الطلاق بعقد جديد، إذا لم يكن الطلاق للمرة الثالثة، وكخيار البلوغ في زواج الصغير والصغيرة إذا كان الولي غير الأب والجد عند من يُجوزه، وكخيار الإفاقة في زواج المجنون والمجنونة.

رابعاً - من حيث تأثيره على صفة العقد

إما مانع من الانعقاد أو من الصحة أو من النفاذ أو من اللزوم:

١- **المانع من الانعقاد** : كالوقف فانه مانع من بيع الأموال الموقوفة إلا في حالة الضرورة، لأن رقبة المال الموقوف ترجع ملكيتها إلى الله، فالموقوف عليه لا يملك إلا المنفعة، فهي ملكية ناقصة.

---

[1] لمزيد من التفصيل يراجع الروضة البهية واللُمعة ٨٦/٢

[2] لمزيد من التفصيل يراجع المغني لابن قدامة ٦٤٩/٦.

[3] شرح المجلة للأستاذ منير القاضي ١١٧/١، وعدم الجواز مذهب أبي حنيفة.

[4] ومن موانع الاستمرار دون الإنشاء الجنون والافلاس، فاذا جن المدين بدين مؤجل أو أفلس، حل دينه وانقضى الأجل لأنهما مانعان من استمرار التأجيل كالوفاة، ولكن يجوز للولي أن يستدين للمجنون ديناً مؤجلاً، وكذلك يجوز للمفلس الاستدانة بالأجل، انظر الإبهاج شرح المنهاج ١٥٤/٣.

٢- **المانع من الصحة** : كالربا فان الزيادة (الفائدة) مانعة من صحة العقد، فينعقد البيع الربوي أو القرض الربوي فاسداً عند الحنفية، ويفيد الملك الخبيث بعد القبض، فيجب إما فسخ العقد أو إزالة سبب الفساد، فإذا أزيل يتحول إلى الصحيح دون الحاجة إلى إنشائه مرة أخرى. وبهذا يختلف الفاسد عن العقد الباطل، فانه لا يتحول إلى الصحيح بإزالة سبب البطلان، بل لابد من إنشائه مرة أخرى.

٣- **المانع من النفاذ** : كتعلق حق الغير بمحل العقد، كما في عقد الفضولي، فانه موقوف على إجازة المالك، وكالوصية بأكثر من ثلث التركة، فإنها موقوفة في الزيادة على إجازة الورثة بعد الوفاة، وتبرعات المريض مرض الموت بأكثر من ثلث التركة فإنها كالوصية تتوقف الزيادة على إجازة الورثة، وكنقص الأهلية فانه مانع من صحة تبرعات ناقص الأهلية ومانع من نفاذ عقود المعاوضات التي يبرمها بدون إذن الولي، فإنها تتوقف في نفاذها على إجازة الولي.

٤- **المانع من لزوم العقد** : كعيب من عيوب الإرادة (كالإكراه)[1]، والغلط في وصف مرغوب فيه والتغرير مع الغبن الفاحش، والاستغلال، فان هذه العيوب مانعة من لزوم التصرف في الفقه الإسلامي، ويتفق معه الفقه الغربي حيث يعتبره قابلاً للإبطال، وهو مصطلح يرادف عدم اللزوم، ولم يأخذ به المشرع العراقي، فعيوب الإرادة عنده من موانع نفاذ العقد[2].

هذه الموانع الأربعة هي نفس ما سماها علماء الأصول: (مانع انعقاد السبب، ومانع تمام السبب، ومانع ابتداء الحكم، ومانع تمام الحكم).

---

[1] في الإكراه خلاف، فعند الحنفية العقد فاسد، وعند المالكية العقد غير لازم، وعند الشافعية والظاهرية باطل، وعند الجعفرية وزفر من الحنفية موقوف، وبه اخذ المشرع العراقي في القانون المدني م١٣٤.

[2] ومما تجدر الإشارة إليه أن تخلل المانع (أي حدوث المانع بعد إنشاء العقد وقبل تنفيذه) لا اثر له عند الجمهور، فالجنون بعد الرهن وقبل القبض لا يبطله، فكذلك بعد الوصية وقبل موت الموصي، ولكن قال البعض (الحنفية): لو جن الموصي قبل موته بطلت الوصية، وبه اخذ المشرع العراقي إذا مات مجنونا.

خامساً- المانع من حيث المحل الذي يقوم به

ينقسم إلى أربعة أقسام:

١- **المانع القائم بفاعل الفعل:** كالجنون والعته والصغر والجهل والنوم والإغماء، ونحو ذلك مما يعدم الإدراك والوعي، فانه مانع من مساءلة من يقوم به إذا ارتكب جريمة حين قيام المانع، فلا يُسأل جنائياً لعدم توافر الإدراك، وبالتالي تخلف الركن المعنوي للجريمة، لكنه مسؤول مدنياً عن تعويض الضرر الذي يحدثه، لأنه من باب الحكم الوضعي.

٢- **المانع القائم بالفعل المحظور المعاقب عليه شرعاً او قانوناً:** ككون الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي أو لحق مقرر شرعاً، كتأديب الولد في حدود معقولة ومشروعة والعملية الجراحية والألعاب الرياضية، وكوقوع الفعل أداءً للواجب أو تنفيذاً لقصاص، وغير ذلك من موانع المسؤولية الجنائية العائدة إلى ذات الفعل.

٣- **المانع الراجع إلى وسائل الإثبات:** كتراجع الشاهد عن شهادته في جرائم الحدود، وكالتقادم المسقط.

٤- **المانع العائد إلى صاحب الحق (محل الاعتداء)** : إما بولاية خاصة كتنازل الورثة (أو ولي الدم) عن القصاص، أو بولاية عامة كإعفاء رئيس الدولة الجاني من عقوبة جريمة تعزيرية رعاية للمصلحة العامة.

سادساً- من حيث الثبات:

ينقسم إلى:

١- موانع ثابتة كمحرمات الزواج تحريماً مؤبداً.

٢- وموانع غير ثابتة كمحرمات الزواج تحريماً مؤقتاً[1].

---

[1] فالمؤبدة كالنسب والرضاع والمصاهرة، والمؤقتة كتعلق حق الغير بالزواج أو العدة والجمع بين الأختين وعدم الدين السماوي والمطلقة ثلاثاً واللعان، فاللاعن إذا كذب نفسه يجوز له استئناف الزوجية مع زوجته المقذوفة.

المانع والحاجب:

يتضح الفرق بينهما في مسائل الميراث، فالوارث الذي فيه مانع من موانع الميراث وجوده وعدمه سيان، فلا يؤثر على وارث آخر في الميراث، فمن قَتل أباه وكان لأبيه إخوه وأخوات، يكون الميراث لهم، لأن الإبن أصبح بمثابة المعدوم لا يحجبهم.

أما إذا كان الوارث محجوباً بوارث آخر أقوى منه قرابة، فلا يُعتبر بحكم المعدوم، بل قد يكون له التأثير على الورثة الآخرين، مثل ذلك من مات عن أب وأم وأخوين فصاعداً، فالإخوة يحجبون الأم من أوفر حظيها أي من الثلث، فلها السدس، رغم انهم يُحجَبون بالأب لقوله تعالى ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾[١].

النوع الرابع: الصحة:

وهي موافقة الفعل للشرع،[٢] فما طلبه الشارع من الأفعال والتصرفات، وما وضعه من الأسباب والشروط إذا باشرها المكلف كما طُلب منه، كانت مستوفية لأركانها وشروطها الشرعية، حكم الشارع بصحتها، أي ترتب آثارها الشرعية. وإن لم يقم بها وفق ما طُلب منه، بأن اختفى ركن أو تخلف شرط، حكم الشارع بعدم صحتها.

النوع الخامس: الفساد (أو البطلان):

وهو مخالفة الفعل للشرع،[٣] والفساد والبطلان مترادفان عند جمهور فقهاء الشريعة في المعاملات والعبادات، ويقابلان الصحة، ويُطلقان على كل فعل صادر عن الإنسان تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده.

والحنفية يُفرقون بينهما في المعاملات[٤] ويقولون: البطلان مخالفة التصرف لأمر الشارع في ركن من أركانه، أو أمر من الأمور الأساسية التي تقوم عليها هذه الأركان، ولا يترتب على هذا التصرف الباطل أي أثر من الآثار الأساسية. **والفساد**: موافقة التصرف لأمر الشارع في أركانه والأمور الأساسية التي تقوم عليها تلك الأركان، مع حصول خلل في شرط

---

[١] سورة النساء/ ١١.

[٢] سواء كانت في العبادات أم في المعاملات

انظر جمع الجوامع، المرجع السابق ١/٩٩.

والإحكام في اصول الأحكام، المرجع السابق ١/١٠٠. وما بعدها.

[٣] جمع الجوامع، المرجع السابق ١/١٠٥.

[٤] أما في العبادات فهم يتفقون مع الجمهور.

من الشروط الزائدة على ذلك، كالبيع بثمن مجهول، أو المقترن بشرط فاسد.[١] والزواج من غير الشهود.. وهم يرتبون على الفاسد بعض الآثار دون بعضها، ففي البيع يثبت الملك للمشتري إذا قبضه بإذن البائع صراحة أو دلالة، ولا يحل له الانتفاع بالمبيع. وفي الزواج الفاسد يثبت بالدخول، المهر والنسب، وتجب العدة عند الافتراق وتثبت المصاهرة وتسقط العقوبة، لكن لا يحل لكل من الزوجين التتع بالآخر، بل يجب التفريق بينهما، كما لا تجب لها النفقة ولا يثبت التوارث بينهما.[٢]

[١] تنص (م١٠٨) من مجلة الأحكام العدلية على أن (البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتا ووصفاً).
و(م١٠٩) على أن البيع الفاسد: هو المشروع أصلا لا وصفاً يعني أن يكون صحيحاً باعتبار ذاته فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجة).
(م١١٠) على أن (البيع الباطل ما لا يصح أصلاً يعني أنه لا يكون مشروعاً أصلاً).

[٢] انظر الأستاذ عبدالوهاب–خلاف– أصول الفقه ص١٢٥.
الأستاذ محمد سلام مدكور– الفقه الإسلامي ص٤٢٥ وما بعدها.
الأستاذ زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي ص٢٥٩.

المبحث الثاني
عناصر الحكم الشرعي

عناصر الحكم الشرعي ثلاثة، وهي: الحاكم، والمحكوم فيه، والمحكوم عليه.

العنصر الأول- الحاكم:

لا خلاف بين الأصوليين والفقهاء في أن الحاكم (الشارع للأحكام الشرعية) هو الله سبحانه وتعالى.[1]

وإنما الخلاف في المعرِّف لتلك الأحكام، هل يقتصر على رسالات السماء أو بإمكان العقل أن يُدركها قبل الشرع؟

قال الجمهور: المعرِّف لأحكام الله، رسله وكتبه.[2]

وقالت المعتزلة: أن العقل يكون مُعرِّفاً لأحكام تصرفات يُدرك حُسنها وقُبحها قبل الشرع.

ويُبنى على هذا الخلاف، الإختلاف في مسؤولية الإنسان قبل الشرع والتبليغ.

ويأتي تفصيل ذلك عند دراسة الأمر والنهي.

العنصر الثاني: المحكوم فيه:[3]

هو ما كُلف به الإنسان البالغ العاقل القادر من فعل أو ترك.

وأهم الأحكام التي تتعلق بدراسة المحكوم فيه هي الاستطاعة وما يحققه من المصلحة،

---

(١) جاء في شرح مُسَلَّم الثبوت (٢٥/١): (لا حكم إلا من الله بإجماع الأمة، لا كما في كتب بعض المشايخ ان هذا عندنا وعند المعتزلة الحاكم هو العقل، فإن هذا ما لا يجترئ عليه أحد ممن يدعي الإسلام. بل انما يقولون أن العقل معرِّف لبعض الأحكام الإلهية سواء ورد به الشرع أم لا).

(٢) يقول الغزالي في المستصفى (١٠٠/١): (إذا نظرنا إلى ظهور الحكم في حقنا فلا يظهر إلا بقول الرسول).

(٣) جاء في التقرير والتحبير (١١٣/٢): (التعبير عن فعل المكلف به بالمحكوم فيه أولى من التعبير عنه بالمحكوم به).

ومدى تقبله للنيابة:

المحكوم فيه والاستطاعة:

من ألطاف الله بعباده أنه لا يُكلفهم بما لا يدخل في نطاق مقدرتهم البدنية والعقلية والمالية، أخذاً بوعده العادل ﴿لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفساً إلاّ وُسْعَهَا﴾[١]. أما بالنسبة للمشقة التي تصحب المحكوم فيه فإنها لا تخلو مما يلي:

١- إن كانت المشقة اعتيادية فإنها لا تحول دون التكليف، ولا تؤدي إلى تخفيف الحكم، ويُسمى الحكم عندئذ (عزيمة).

٢- وإن كانت غير اعتيادية بحيث يُتوقع أن تُلحق الأذى بالإنسان المكلف بالعمل أو الترك، فإن الحكم يُتخفف إلى حد المشقة الاعتيادية ويُسمى (رخصة)، وقد قال الأصوليون في تعريفها: (الحكم الشرعي إن تغير من صعوبة إلى سهولة لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي فرخصة وإلا فعزيمة).[٢]

ويؤخذ من هذا التعريف أن الرخصة لا تتحقق إلا بتوافر العناصر التالية:

أ- أن يتغير الحكم من الصعوبة إلى السهولة، فإن لم يتغير أصلاً أو تغير من صعوبة إلى صعوبة، أو من سهولة إلى صعوبة[٣]، لا يُسمى رخصة.

ب- أن يكون التغيُر لعذر.[٤]

ج- أن يكون السبب الأصلي للحكم لا يزال قائماً، وإلاّ يُسمى نسخاً (إلغاءً).

ويُلاحظ أن الحكم المتغير إليه قد يكون واجباً بعد أن كان مُحرماً، كأكل مال الغير دون إذنه في حاله الإضطرار، وقد يكون مندوباً كإفطار في نهار رمضان للمريض والمسافر عند الشعور بالتعب، وقد يكون مُباحاً كعقد السلم، وعقد الإستصناع،

---

[١] سورة البقرة/ ٢٨٦.

[٢] انظر ابن السبكي، جمع الجوامع، المرجع السابق ١/١١٩.

[٣] كتغير حل المعاشرة الزوجية إلى الحرمة خلال فترة العادة (الحيض) وفقاً لقوله تعالى ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُواْ النِّسَاء فِي الْمَحِيضِ﴾ البقرة : ٢٢٢.

[٤] فإن تغير لغير عذر لا يُسمى رخصة كتغير حُرمة المعاشرة الزوجية في ليالي رمضان إلى الجواز والإباحة بموجب قوله تعالى ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَآئِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ عَلِمَ اللّهُ أَنَّكُمْ كُنتُمْ تَخْتانُونَ أَنفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنكُمْ فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُواْ مَا كَتَبَ اللّهُ لَكُمْ﴾البقرة:١٨٧.

وعقد المقاولة وغيرها من العقود ألتي يُباح إنشاؤها في وقت يكون محل العقد معدوماً، وذلك لعذر، كرفع حرج أو سد حاجة ضرورية، مع أن الأصل عدم صحة هذه العقود، لعدم وجود محل العقد حين إنشائه.

المحكوم فيه والمصلحة البشرية:

ما من حكم إلهي إلا وهو يتضمن مصلحة بشرية من جلب منفعة أو دفع مضرة، لأن الله حكيم خبير بعباده.

وهذه المصلحة إذا كانت عامة تُسمى حق الله المحض، كالمصلحة المتوخاة من وجوب الزكاة من سد حاجة الفقير، وتلاشي التفاوت الطبقي، والمصلحة المقصودة من عقاب المجرمين من الزجر والردع للحفاظ على حياة الأبرياء.

وإذا كانت خاصة تُسمى حق العبد المحض كأموال وحقوق الأفراد الخاصة.

وإذا كانت متضمنة للمصلحتين العامة والخاصة، تُسمى الحق المشترك، كممارسة مهنة الطب، والتجارة، والنجارة ونحو ذلك مما يكون فيه حاجة ماسة للمجتمع.

ولكل من هذه الأنواع أحكام وخصائص يتميز بها من غيره.

ميزات حق الله (الحق العام):

١- لا يجوز فيه العفو، والإبراء، والصلح.

٢- لا يجري فيه الإرث، فإن كان عقوبة لا تنتقل إلى الورثة لقوله تعالى ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[1] ، وإن كان تكليفاً مالياً يتعلق بالتركة، وإن كان تكليفاً بدنياً كالعبادات لا يُكلف به الورثة.

٣- يجري فيه التداخل، فمن ارتكب جريمة تعاطي المسكرات عدة مرات، ثم سيق إلى القضاء، فلا يُعاقب إلا على المرة الأخيرة، لكن إذا عاد تُعاد العقوبة.

٤-جزاؤه: عقوبات الحدود، والكفارات، والتعازير، والحرمان.[2]

٥- يُفوض أمر استيفائه وتنفيذه إلى رئيس الدولة لأنه حق عام.

---

[1] فاطر : ١٨

[2] كحرمان الوارث القاتل من تركة المقتول، وحرمان الموصى له القاتل من وصية المقتول، وذلك إضافة إلى العقوبة الأصلية المقررة لجريمة القتل.

ميزات حق العبد (الحق الخاص):

١- يجوز فيه العفو والإبراء والصلح.
٢- يجري فيه الإرث فينتقل بعد وفاته إلى الورثة.
٣- لا يجري فيه التداخل، بل يتكرر بتكرر موجبه، فلكل ضرر خاص تعويض خاص.
٤- جزاؤه: القصاص، والتعويض، والتعزير.
٥- يُفوض استيفاؤه إلى صاحب الحق، وتنفيذه إلى الدولة، حذرا من حدوث الفوضى.

ميزات الحق المشترك:

إذا كان الحق العام هو الغالب يلحق به في أحكامه وميزاته، كعقوبة القذف، فإذا كان الحق الخاص هو الغالب تسري عليه أحكام الحق الخاص كالقصاص، فإنه مُخول إلى ولي المقتول وفقا لقوله تعالى ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلاَ يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُوراً﴾[1]. والسلطان يعني تخيير الولي بين طلب تنفيذ القصاص، والعدول عنه إلى التعويض، وإعفائه من الأمرين.

وإنما جعل الشارع الحق الخاص في القصاص هو الغالب، لأن النكبة التي تحل بأسرة المقتول أشد بكثير من التي تواجه المجتمع من جراء جريمة القتل، ومن الجدير بالذكر أن أكثر ما يمارسه الإنسان في حياته اليومية من الأعمال يجمع بين المصلحة العامة والخاصة، وبصورة خاصة أعمال أصحاب المهن والحرف.

وفي اعتقادي أن الحق العام في الأعمال المهنية والحرفية هو الغالب، لذا يجب على السلطة إجبارهم على ممارستها، وعليها أن تقوم بتنظيمها وتحديد أجورها بحيث تتلائم مع المصلحة العامة للمجتمع.

المحكوم فيه ومدى تقبله للنيابة:

المكلّف به إن كان بدنياً محضاً كالعبادات[2] لا يقبل النيابة باتفاق الأمة الإسلامية. وإن كان مالياً محضاً كتسديد الزكاة[3]، فإنه تجوز فيه النيابة بالاتفاق. وإن كان ماليا وبدنياً

---

[1] الإسراء : ٣٣
[2] وكالخدمة الإلتزامية العسكرية في القانون.
[3] وكالضريبة في القانون.

كفريضة الحج، ففيه خلاف، فمن غلب الجانب البدني لم يـر جواز النيابة فيه، ومن غلب الجانب المالي أجازها، والراجح جوازها لعذر.

العنصر الثالث: المحكوم عليه :

المحكوم عليه هو الإنسان البالغ العاقل العالم بالمكلَّف به والقادر عليه. فغير البالغ والبالغ غير العاقل، لا يتعلق بأفعالها خطاب التكليف، فلا توجه إليهما المسؤولية الجنائية في جرائم الاعتداء على حق الله أو حق العبد، لكن تُتخذ الإجراءات الوقائية ضدهما.

بخلاف خطاب الوضع فإنه لا يستلزم قيام الأهلية، إذ هو من قبيل ربط الأسباب بالمسببات، فهما يُسألان مسؤولية مدنية.

والمقصود من كونه عالماً بالمكلَّف به، العلم بالفعل أو بالإمكان، بأن يكون في استطاعته ذلك. وشرط القدرة للقيام به ضروري لقوله تعالى ﴿ لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[1].

والإنسان منذ تكوينه إلى وفاته يمر بالمراحل الآتية من الأهلية:

١- أهلية الوجوب الناقصة: وهي صلاحية الإنسان لأن تكون له بعض الحقوق التي لا تحتاج إلى القبول كالإرث والوصية والوقف، وتستقر للجنين حين ولادته حياً، وأساسها كونه إنسانا.

٢- أهلية الوجوب الكاملة: وهي الصلاحية للحقوق والالتزامات المالية خلال الفترة الواقعة بين الولادة وسن التمييز. فالإنسان في هذه المرحلة كما له الحقوق، عليه بعض الالتزامات المالية، كالزكاة والنفقات، وأساسها الذمة المالية.

٣- أهلية الأداء الناقصة: وهي الصلاحية للقيام بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً، كقبول الهبة والوصية بدون إذن الولي، وأما تصرفات الدائرة بين النفع والضرر، كممارسة الأعمال التجارية بغير إذن الولي، فإنها موقوفة على إجازة الولي، وأساس انعقادها هو التمييز. ومن التمييز في القضايا المدنية إكمال السابعة من العمر ودخول في الثامنة، أما في القضايا الجنائية فإكمال التاسعة من العمر والدخول في العاشرة.

٤- أهلية الأداء الكاملة: وهي الصلاحية لكافة التصرفات القولية والفعلية، وتتم هذه الأهلية بدخول سن الرشد، ما لم يكن هناك عارض من عوارض الأهلية.[2]

---

[1] البقرة : ٢٨٦

[2] هذه المعايير في التشريعات العراقية.

المبحث الثالث
خصائص القاعدة الشرعية
ومصادرها

تتميز القاعدة الشرعية بخصائص ولها مصادر منها أصلية (نقلية) متفق عليها، ومنها تبعية (نقلية وعقلية) مختلف فيها.

ونوزع دراستها على أربعة مطالب، ونخصص الأول للخصائص، والثاني المصدر المنشئ، والثالث المصدر المبين، والرابع المصدر الكاشف.

المطلب الأول
خصائص القاعدة الشرعية

الحكم الشرعي يُقابل القاعدة القانونية، لأن كلاً منهما خطاب موجّه إلى الناس يُلزمهم باتباع سلوك معين، ويستهدف تنظيم حياتهم ويُتوخي تحقيق مصالحهم، ولكن يتميز الحكم الشرعي (أو القاعدة الشرعية) بالخصائص الآتية:

أولا: مصدره الأصلي وحي إلهي، إما معنىً ولفظاً، كما في الآيات القرآنية، أو معنىً فقط على صورة السنة النبوية، وبذلك يختلف الحكم الشرعي (أو القاعدة الشرعية) عن القاعدة القانونية التي هي من نتاج تفكير الإنسان واجتهاده، لكن تتفق القاعدة الشرعية مع القاعدة القانونية، إذا أصبحت الأولى جزءاً من الثانية، ويترتب على هذا الفرق خلوّ القاعدة الشرعية من الخطأ، والنقص، والجور، والانحياز، هذا من جهة، ومن جهة ثانية تتصف بقوة الاحترام والتقديس إجلالاً لشارعها.

ثانيا: قاعدة سلوك: الحكم الشرعي كما شمل تنظيم المعاملات المالية، والمسائل الجنائية، والقضائية، والإدارية، وغيرها، كما تناولها القانون الوضعي بقسميه العام والخاص، كذلك شمل الأحكام الأخلاقية والتهذيبية والسلوكية والتقويمية، كأحكام العبادات

والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ومزج الحكم الشرعي في كل قاعدة شرعية بين التنظيم العملي والسلوكي، وعالج الجانب الروحي، كما اهتم بالجانب المادي، وهذا بخلاف القاعدة القانونية، ومن هذه الطبيعة الإنسانية والروحية والأخلاقية للقاعدة الشرعية، نرى أن نطاق الجرائم السلبية في الشريعة الإسلامية أوسع بكثير مما هو عليه القانون الوضعي.

ثالثا: القاعدة الشرعية عامة مجردة كالقاعدة القانونية، لكن العمومية في الأولى تختلف عن عمومية القاعدة القانونية، فالثانية تُخاطب مجتمعاً معيناً داخل إقليم سياسي محدود بحدود دولية، ولا تتجاوز هذه الحدود لتخاطب شعب أو مجتمع إقليم آخر، ما لم تتسم بطابع دولي. بخلاف القاعدة الشرعية، فهي تخاطب الأسرة البشرية، كما قال سبحانه وتعالى ﴿**تَبَارَكَ الَّذِي نَزَّلَ الْفُرْقَانَ عَلَى عَبْدِهِ لِيَكُونَ لِلْعَالَمِينَ نَذِيراً**﴾[1]. وقال سبحانه وتعالى مخاطبا نبيه محمداﷺ﴿**وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ**﴾[2].

رابعاً: إن نصوص الحكم الشرعي (القاعدة الشرعية) غير قابلة للتعديل والتغيير، وإنما يشمل التغيير والتعديل والتفسير: مضامين ومعاني وماصدقات تلك النصوص، فالأحكام الشرعية المتعلقة بالتنظيمات المالية، والجنائية، والإدارية، والثقافية، ونحو ذلك مما يتعلق بالشؤون المادية للحياة، يتغير تفسيرها وتطبيقها في ضوء متطلبات هذه التنظيمات، وعلى سبيل المثل القوة ورباط الخيل في قوله تعالى ﴿ **وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ** ﴾[3]. يختلف مضمونها في ضوء تطورات الدفاعية في الحياة البشرية، وفي ضوء ما يملكه العدو من تلك القوة الهجومية والدفاعية ووسائل نقل المعدات الحربية إلى ساحة المعركة، كما نشاهد ذلك في العصر الحاضر. فالقوة في البداية كانت عبارة عن السيف والرمح والدرع، ورباط الخيل لنقل المعدات إلى ساحة المعركة كانت عبارة عن الخيل والبغال والإبل ونحو ذلك. أما اليوم فيجب أن تتطور في ضوء المتطلبات الدفاعية.

خامساً: ثنائية الجزاء من ناحيتين:

إحداهما: مقترنة بالجزاء الدنيوي والأخروي، فإذا أفلت المجرم نفسه من العقاب

---

[1] الفرقان : ١

[2] الأنبياء : ١٠٧

[3] الأنفال : ٦٠

الدنيوي، فإن العقاب الإلهي لا يتركه، بل يلحقه في الدنيا أو في الآخرة، ولا يستطيع أن يتخلص من هذا العقاب، ما لم يشمله غفران الرب الرحيم.

الثانية: الجزاء المقترن بالحكم الشرعي إيجابي (ثواب) على الطاعة والإخلاص، وسلبي (عقاب) على ارتكاب محرم أو ترك واجب، فهو يثاب على صلاحه وتجنبه عن المعصية وفق وعد الله، ووعده حق، في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿ **وَأَمَّا مَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَى فَإِنَّ الْجَنَّةَ هِيَ الْمَأْوَى**﴾[1]. ويعاقب على الفعل الإجرامي في نفس الوقت، كما قال تعالى ﴿ **فَأَمَّا مَن طَغَى وَآثَرَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا فَإِنَّ الْجَحِيمَ هِيَ الْمَأْوَى**﴾[2].

هذا بخلاف القاعدة القانونية التي لا تحمل بين ثنايا نصوصها سوى الوعيد والعقاب، فمن لم يصدر عنه أيّة مخالفة في حياته، لا يُثاب في القانون بخلاف الشرع الإسلامي.

سادسا: للحكم الشرعي (أو القاعدة الشرعية) صفة الإلزام من حيث العمل والعقيدة والأخلاق، في حين أن صفة الزام القاعدة القانونية تتركز غالباً على الجانب العملي، ولا تُلزم كل فرد من أفراد المجتمع من ناحية العقيدة أو الأخلاق غالباً.

سابعاً: عدم وجود الحصانة في تطبيق القاعدة الشرعية، فلا فرق بين إنسان وإنسان آخر، أيّاً كان مركزه السياسي، والإداري، والدبلوماسي، والديني، ونحو ذلك، كما نصّ على ذلك عموم قوله تعالى ﴿ **فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَراً يَرَهُ**﴾[3].

ثامناً: نزعتها وسطية: لقد سادت الفلسفة القانونية والاقتصادية والسياسية نزعتان متطرفتان (الفردية والجماعية):

أ- **النزعة الفردية:** تقيم القانون على أساس من نظرية الحقوق الطبيعية المستمدّة من ذات الفرد تتولد معه والسابقة على القانون والمجتمع والدولة، فوظيفة القانون حمايتها وتمكين أربابها من التمتع بها، والجماعة مسخرة لصالح الفرد وضمان حريته، وعلى الدولة ألاّ تتدخل في نشاط الفرد إلاّ بقدر اللازم لمنع

---

[1] النازعات : ٤٠-٤١

[2] النازعات :٣٧- ٣٩

[3] الزلزلة : ٨

التعارض بينه وبين غيره.

ومن الواضح أن هذه النزعة مبنية على أساس خاطئ، هو أن الصالح العام ليس إلاّ حصيلة للمصالح الفردية، وبتعبير آخر إن المصلحة العامة تتحقق بمجرد رعاية المصالح الخاصة المختلفة، هذا ما يرفضه واقع الحياة.

ب- **النزعة الجماعية:** بعد فشل النزعة الفردية، حاولت النزعة الجماعية أن تبرز على المسرح وهي تقوم على أساس أن الإنسان كائن حي اجتماعي لا يسعه العيش إلا في مجتمع تضامني.

وفي فلسفة هذه النزعة أن الحقوق تقررت لمصلحة المجتمع دون الفرد، فهي اختصاصات أو وظائف أصحابها موظفون عامون موكلون باستعمالها على وجه تحقيق الصالح العام.

وعيوب هذه النزعة تبدو في أنها تجعل الفرد بمثابة آلة ميكانيكية تُسخرها الدولة باسم المصلحة العامة وتوجهها في ضوء الخط العام للسياسة العليا.

ج- **النزعة الوسطية:** من تتبع أحكام الشريعة الإسلامية بدقة وإنصاف، يجد أنها دوما تختار من الأمور أوسطها، كما يشير إلى ذلك قوله تعالى ﴿ **وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً لِّتَكُونُواْ شُهَدَاء عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيداً**﴾[1].

فطابع القاعدة الشرعية وسطى بين النزعتين الفردية والجماعية، وهي توفيقية تستهدف التوفيق بين المصالح الخاصة والعامة، وتسعى لاستمرارية التوازن قدر الإمكان، وهي تتكفل بالتنسيق بين المصلحتين عند التعارض في ضوء العدل والحكمة والمنطق السليم. ويرجع سرّ ذلك إلى أن الحق في مفهوم هذه القاعدة منحة من الله وليس حقاً طبيعياً.

والنتيجة الحتمية لهذه النزعة هي تقييد الحقوق، فحق الفرد مقيد بألاّ يكون على حساب الحق العام، والحق العام مقيد بألاّ يهدر الحق الخاص. وعلى الدولة التدخل المستمر للإشراف على ميزان التوازن، فإذا اختل ووصل الأمر إلى حد التضحية بأحدهما، فتقضي القاعدة الشرعية بتقديم المصلحة العامة.

تاسعاً: طبيعتها مرنة: مرونة القاعدة الشرعية مستمدة من كمالها ومن مطاطية اللغة التي اختارها الله لأن تكون لغة دستور السماء.

---

[1] البقرة : ١٤٣

لكن من الخطأ أن نفهم من هذا أن النصوص هي التي تتطور، أي أن المرونة تشمل جميع الأحكام الشرعية، لأن النصوص هي هي، لا يطرأ عليها تغيير ولا تعديل. وأن التطور إنما هو للماصدقات والمضامين بالنسبة للأحكام المتعلقة بالمعاملات المالية، والأمور الإدارية، والدستورية، والثقافية، والصحية، والعسكرية، وأمثالها.

وأما العبادات والأحكام العقائدية والأخلاقية والوجدانية والأحكام المتعلقة بجرائم الحدود والقصاص والأحكام التي تكون دلالة النصوص عليها قطعية، فإنها لا تخضع للمرونة ولا للتطور، بل إنها ثابتة مهما تطورت الحياة ومتطلباتها.

المطلب الثاني
المصدر المنشئ للقاعدة الشرعية

وهو ينحصر في القرآن الكريم لأسباب متعددة، منها قوله تعالى ﴿إن الحكم إلا لله﴾.

(إن) حرف نفي، و(إلاّ) حرف استثناء، واستثناء النفي للحصر، كما في قول (لا إله إلا الله).

القرآن بدهي وتعريف البديهيات من باب العبث، ولكن من حيث منزلته وأهميته في تنظيم حياة الأسر البشرية، نصفه بأنه آخر دستور إلهي خالد، معدلٍ للدساتير الإلهية السابقة التي نزلت على الأنبياء والرسل، وتضمن أمهات الأحكام الواردة في الكتب المقدسة السابقة ونسخ التبعية، كما قال سبحانه وتعالى ﴿إِنَّ هَـٰذَا لَفِي الصُّحُفِ الْأُولَىٰ صُحُفِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَىٰ﴾[1] مضيفا إليها أحكاما جديدة اقتضاها نضج العقل البشري ليستقر عليها الإنسان ويأخذ بهداها في تطوير حياته وضمان سعادته الدنيوية والاخروية.

وكما إن الدستور البشري في كل دول العالم يتضمن المبادئ العامة والقواعد الكلية ويضع تصميماً وتنظيماً لحياة المجتمع الذي يخضع له، ويُخول السلطة التشريعية تشريع جميع أصناف القانون في قسميه العام والخاص، ويشترط عليها ألا تُشرِّع نصاً من نصوص

[1] سورة الأعلى/١٨-١٩

تلك القوانين يتعارض مع نص صريح في الدستور، كذلك شأن القرآن الكريم، اقتصر على الكليات والقواعد العامة، وخوّل العقل البشري في زهاء خمسين آية قرآنية إرجاع الجزئيات إلى تلك الكليات، في ضوء متطلبات الحياة في كل زمان ومكان، وصنع دائرة من الأخلاق، وأمر عقل الإنسان أن يتحرك لتأمين مستلزمات الحياة في جميع مجالاتها، شريطة أن يكون هذا التحرك داخل هذه الدائرة الأخلاقية. والقرآن الكريم لم يأمر السلطة التشريعية الزمنية أن تفتح القرآن بين يديها وتستخرج منه فروع القانون العام، من الدستوري والإداري والجنائي والدولي العام والعمل ونحو ذلك، أو تستخرج فروع القانون الخاص من المدني والتجاري والدولي الخاص ونحو ذلك، وإنما خوّل هذه السلطة بإعداد تلك الفروع للقوانين، وان كان مصدرها قانوناً أجنبيا من قوانين دول العالم غير الإسلامي، كالقانون الإنكليزي والأمريكي والروسي والفرنسي وغير ذلك، على أن لا يتعارض هذا القانون المستورد مع نص صريح في القرآن الكريم. لأن تنظيم الحياة في الجزئيات هو من نتاج عقل الإنسان، وعقل غير المسلم كعقل المسلم فيما يستنتجه من واقع حياة مجتمعه من التنظيم القانوني، ويجب أن ينص الدستور في كل دولة من الدول الإسلامية على أن الشريعة الإسلامية نظام عام، فلا يجوز تشريع قانون مخالف للنظام العام، بدلا من أن يُقال الشريعة الإسلامية مصدر رئيس أو مصدر وحيد للقانون، وهذا خطأ لا يُدركه كل شخص، لأنه يؤدي إلى الفوضى والتصارع بين المذاهب والطوائف.

أنواع الحكم الشرعي في القرآن:

في القرآن الكريم خمسة أنواع من الأحكام:

أ ـ **الأحكام الاعتقادية**[1]: من الإيمان بالله وما يتفرع عنه، لأن الأحكام الفرعية لا فائدة فيها بالنسبة لمن لا يملك اعتقاداً صحيحاً.

ب ـ **الأحكام الكونية**[2]: وهي وجوب التفكر في خلق السموات والأرض وفي جميع الكائنات الحية والجمادات للوصول إلى حقيقة تؤمن سعادة الإنسان الدنيوية والاخروية عن طريق تقوية الإيمان من جهة والاستفادة من الفضاء والأفلاك التي تسبح فيه من جهة أخرى.

---

(١) وهي التي تنظم حياة الآخرة للانسان وتثبت معتقداته من الايمان بالله وما يتفرع عنها.

(٢) كالآيات الآمرة بالتفكر في خلق السموات والارض وما فيها لكي يكون ايمانه علمياً لا تقليدياً.

ج ـ **الأحكام الأخلاقية**[1]: التي هي قوام النظام الصحيح، لان القانون مهما كان عادلا متطوراً حضارياً لا يخضع له بصورة صحيحة إلا من يتمسك بالفضيلة ويتخلى عن الرذيلة.

د ـ **الأحكام العبرية**[2]: وهي الأحكام التي تؤخذ من القصص الواردة في القرآن الكريم للأمم السابقة، فهذه القصص كلها أوامر باتباع المسلك الصحيح للسلف الصالح في جميع الأمم السابقة، والاجتناب عن كل خطأ وقعت فيه تلك الأمم والشعوب عبر التأريخ، وأدّى هذا الخطأ إلى نيلهم جزاءً عادلاً في الدنيا والآخرة. كما قال تعالى **﴿لَقَدْ كَانَ فِي قَصَصِهِمْ عِبْرَةٌ لِّأُولِي الأَلْبَابِ﴾**[3]

هـ- **الأحكام العملية**: وهي التي تنظم أعمال الإنسان وتُحدد حقوق والتزامات كل فرد على أساس قاعدة **﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ، وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَراً يَرَهُ﴾**[4].

يتنوع هذا النوع إلى الفروع الثمانية الآتية:

١- **أحكام العبادات**:[5] وهي تنظم علاقة الإنسان بربه لاكتساب طاقة روحية تراقب العامل في معمله، والزارع في مزرعته، والمعلم في مدرسته، والموظف في مؤسسته، والجندي في معسكره، والأم في حق أمومتها، والسلطة عند ممارسة مسؤولياتها.

٢- **أحكام الأسرة**:[6] وهي تنظم الحقوق والواجبات الشخصية للإنسان من ولادته إلى وفاته من رضاع، وحضانة، وحجر، وولاية، وزواج، وطلاق، ونفقة، ووصية، وميراث...

---

(١) كالآيات الآمرة بالصدق والامانة والاخلاص والتسامح ونحو ذلك .

(٢) كالآيات القرآنية التي تناولت قصص الامم السابقة في ما يتعلق باعمالهم الخيرة والشريرة ونتائجها .

(٣) يوسف : ١١١.

(٤) الزلزلة : ٨

(٥) تناولها القرآن الكريم بصورة اجمالية فيما يقارب (١٤٠) آية، منها قوله تعالى ﴿ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاء وَالْمُنكَرِ﴾العنكبوت : ٤٥.

(٦) تناولها القرآن الكريم بصورة اجمالية في نحو (٧٠) آية، منها ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾البقرة : ٢٣٣

٣- **أحكام المعاملات المالية:**[١] وهي تنظم المعاملات والعلاقات المالية كالبيع، والإجارة، والرهن، والوفاء بالعقود وأداء الأمانات.

٤- **أحكام مالية الدولة:**[٢] وهي تنظم موارد الدولة ومصارفها، كما تنظم مسؤولية الأغنياء والمتمكنين عن تحمل قسط من النفقات العامة عن طريق الزكاة والإنفاق في سبيل الله (في سبيل المصلحة العامة). وأهم موارد الدولة في الإسلام هي المعادن الفلزية واللافلزية بكافة أنواعها، حيث أقرّ فقهاء الشريعة أن ملكيتها تعود إلى الدولة، وإن كانت في أرض مملوكة للأفراد ملكاً خاصاً.

٥- **الأحكام الدستورية:**[٣] وهي تنظم العلاقات بين الفرد والسلطة وتحدد حقوق وواجبات كل منهما تجاه الآخر.

٦- **الأحكام الدولية:**[٤] وهي تنظم علاقات الدولة الإسلامية مع الدول الأخرى في حالتي الحرب والسلم، ومعاملة الأسرى، وفق المعاهدات.

٧- **أحكام المرافعات:**[٥] وهي تنظم الإجراءات القضائية من رفع الدعوى إلى صدور الحكم بحيث يأخذ كل ذي حق حقه.

٨- **الجنايات والعقوبات:**[٦] وهي تحدد أمهات الجرائم والعقوبات، كجرائم القصاص والحدود، وقد ذكر القرآن الكريم كثيرا من الجرائم وترك تحديد عقوباتها لولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون من أهل الشورى، كجريمة التجسس، والرشوة، والغصب، وخيانة الأمانة، والمخالفات المرورية، والتهريب ونحو ذلك.

---

(١) بينها القرآن بطريقة اجمالية في (٧٠) آية تقريبا، منها ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ البقرة : ٢٨٢.

(٢) استعرضها القرآن بصورة اجمالية في عشر آيات منها ﴿كُلُواْ مِن ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُواْ حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾الأنعام : ١٤١

(٣) ذكرها القرآن بصورة اجمالية في عشر آيات منها ﴿ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ ﴾الشورى : ٣٨.

(٤) تناولها في نحو (٢٥) آية منها ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾الأنفال : ٦١.

(٥) وردت بشكل إجمالي في نحو (١٣) آية منها قوله تعالى ﴿فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى﴾ص:٢٦

(٦) ومن الآيات الواردة في القرآن الكريم بشأن الجنايات والعقوبات ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ﴾النور : ٢.

جرائم التعازير:

ثلاثة أنواع:

النوع الأول: كل جريمة حدية حصلت فيها الشبهة تسقط عقوبتها الحدية وتحل محلها عقوبة تعزيرية يحددها ولي الأمر (رئيس الدولة بالتعاون مع أهل الشورى- أهل العقد والحل أو البرلمان في العصر الحديث).

النوع الثاني: جرائم حدد تحريمها بالنص الشرعي في القرآن أو السنة، كجريمة التجسس والرشوة والغصب وخيانة الأمانة وغيرها من الجرائم التي ورد ذكرها في النصوص الشرعية، بدون تحديد عقوباتها، وعلى ولي الأمر بتعاون أهل الشورى تحديد عقوباتها، بناء على مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، وجدير بالذكر أن هذا المبدأ أقرته الشريعة الإسلامية قبل القانون بمئات سنين في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾.

النوع الثالث: لولي الأمر بتعاون مع أهل الشورى استحداث الجرائم والعقوبات عن طريق اعتبار كل فعل يُضر بالمجتمع وبالمصلحة العامة جريمة، وتحديد عقوبة لهذه الجريمة تتلائم مع خطورتها وحجمها.

المطلب الثالث

المصدر المبين (السنة النبوية)

وهي كل ما صدر عن الرسول ﷺ من قول[١] أو فعل[٢] أو تقرير[٣].

أنواع السنة باعتبار سندها ومراتب الإجماع بها ودلالتها على الأحكام:

المقصود بسند السنة سلسلة الرواة الذين نقلوها عن الرسولﷺ إلينا، وتتأثر قطعية ثبوت السنة أي ثبوتها من حيث ورودها ونقلها بسندها، وتنقسم السنة من حيث السند إلى قسمين:

السنة المتصلة: وهي ما اتصل إسنادها إلى الرسولﷺ.

والسنة غير المتصلة: وهي التي لم يتصل فيها السند إلى الرسولﷺ أو ما حُذف فيها السند.

أولا: السنة المتصلة:

قسمها الأحناف إلى ثلاثة أقسام:

١- **السنة المتواترة:** وهي التي رواها عن الرسول جمع من الصحابة لا يتصور العقل عادة اتفاقهم على الكذب لتعددهم وأمانتهم واطمئنان النفوس إليهم، ثم نقلها جمع

---

[١] كقوله ﷺ : (انما الاعمال بالنيات) {البخاري:١ ، ومسلم: ٤٩٠٤ ، واصحاب السنن والمسانيد}

[٢] كقول عائشة رضي الله عنها: (دخل عليَّ رسولُ الله ﷺ يومًا فقال هل عندكم شيءٌ فقلتُ لا قال فإني صائمٌ، ثم مرَّ بي بعد ذلك اليومِ وقد أُهديَ إليَّ حَيسٌ فخبَّأتُ له منه وكان يحبُّ الحَيسَ، قالت يا رسولَ الله إنه أُهديَ لنا حَيسٌ فخبَّأْتُ لك منه، قال أدنيه أما إني قد أصبحتُ وأنا صائمٌ، فأكل منه ثم قال إنما مثلُ صومِ المُتطوِّعِ مثلُ الرجلِ يخرجُ من ماله الصدقةَ فإن شاء أمضاها وإن شاء حبَسها) {الألباني، إرواء الغليل:١٣٥/٤، قال: إسناده صحيح على شرط مسلم}

[٣] كقول ابن عمر رضي الله عنهما: (ان رسول اللهﷺ قال لهم لما رجع من الاحزاب: لا يُصلِّيَنَّ أحدٌ العصرَ إلا في بَني قُرَيظةَ. فأدرك بعضَهُم العصرُ في الطريقِ، فقال بعضُهُم : لا نُصلي حتى نَأتيَها، وقال بعضُهُم : بل نُصلي، ثم يُرِدْ منَّا ذلك . فذُكِرَ ذلك للنبيﷺ فلم يُعَنِّفْ واحدًا مِنهم) {البخاري: ٩٤٦ ، ومسلم:٤٥٧٧} أي: اقرهم على اجتهادهم.

آخر متصفون بهذه الصفات، وهكذا إلى عصر التدوين.

والتواتر إما لفظي أو معنوي.

التواتر اللفظي: يعني اتفاق الرواة على كل لفظ من ألفاظه، والتواتر من هذا النوع قليل جداً.

التواتر المعنوي: هو الذي اختلفت ألفاظه من رواية إلى أخرى، لكن جميع الروايات تجتمع في قدر مشترك من المعنى، وهذا القدر هو المتواتر.

ومن أمثلة ذلك، قال ﷺ ((إنما الأعمال بالنيات)) [١].

السنة المتواترة من حيث الثبوت قطعية، لكن دلالتها على الأحكام قد تكون قطعية وقد تكون ظنية.

٢- **السنة المشهورة** (أو المستفيضة): وهي التي رواها عدد من الصحابة لم يبلغ حد التواتر، ثم أصبح في عصر التابعين وتابعي التابعين متواترا.

لهذا النوع أمثلة كثيرة، منها ((إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث)) [٢]، ومنها ((لا يرث القاتل)) [٣]، ومنها ((لا تُنكَحُ المرأةُ على عمتِها ولا العمةُ على بنتِ أخيها ولا المرأةُ على خالتِها ولا الخالةُ على بنتِ أختِها... إنكم إذا فعلتُم ذلك قطعتُمْ أرحامَكُم)) [٤].

٣- **السنة الآحادية** (أو حديث الآحاد): وهي التي رواها جماعة لم يصلوا حد التواتر، لا في عصر الصحابة ولا في عصر التابعين وتابعي تابعين.

وعند جمهور الفقهاء السنة إما متواترة أو آحادية والمشهورة من الآحادية، وإتجاه الحنفية أولى وأدق.

ثانيا: السنة غير المتصلة (أو الحديث المنقطع):

تعني الحديث الذي لم يتصل فيه السند إلى النبيﷺ أو ما حذف منه سند، ويطلق عليها (الحديث المرسل)، واختلف الفقهاء في العمل به.

---

[١] صحيح البخاري، حديث رقم(١)، صحيح أبي داود (٢٢٠١).

[٢] الإمام أحمد، بلوغ المرام (٢٨٦)، سنن أبوداود (٣٥٦٥)، سنن الترمذي (٢١٢١).

[٣] مسند الفاروق ٢/٤٤٠، السنن والأحكام ٥/٤٩.

[٤] خلاصة البدر المنير، ٢/١٩٢.

وظيفة السنة:

إن من وظيفة السنة النبوية أن تتولى بيان القرآن بموجب قوله تعالى ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ ﴾[١]، والبيان يكون كالآتي:

أ ـ **بيان حكم لم يرد بشأنه نص خاص صريح في القرآن الكريم:** لكن ورد فيه نظيره، كتحريم الجمع بين الزوجة وعمتها وخالتها في قوله ﷺ ((لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا))[٢] ونظيره في القرآن ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾[٣].

ب ـ **تخصيص نص عام ورد في القرآن ولم يكن عمومه مراداً:** كما في قوله تعالى ﴿لِّلرِّجَالِ نَصيِبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاء نَصِيبٌ... الآية﴾[٤] فلفظا (الرجال) و (النساء) جمع تكسير محلى بال الاستغراق يفيدان العموم، غير إن هذا العموم لم يكن مراداً، فلا يشملان من يختلف في الدين مع مورِّثه ومن يقتل مورثه، وهذا ما بيّنه الرسول ﷺ في قوله ((لا يتوارث أهل ملتين))[٥] وفي قوله ((لا يرث القاتل)).[٦]

ج ـ **تقييد نص مطلق لم يكن إطلاقه مراداً** كما في قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ... الآية﴾[٧] كتب أي فرض والمراد بالخير المال، ولفظ (وصية) مطلق يشمل الوصية بكل التركة أو بنصفها أو بثلثها أو بأقل أو بأكثر، غير إن هذا الإطلاق لم يكن مراداً لله سبحانه وتعالى، لذا بيّنه الرسولﷺ بتقييد الوصية بالثلث، حين قال سعد بن أبي وقاص ؓ ((قلت يا رسول الله أنا ذو مال (أي صاحب مال) وفي رواية أنا كثير مال ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة، افأتصدق بثلثي مالي؟ قال ﷺ لا. قلت افأتصدق بشطره ـ نصفه ـ؟ قال لا. افأتصدق بثلثه؟ قال الثلث والثلث كثير، انك إن تذر ورثتك أغنياء خير من تذرهم عالة

---

(١) النحل : ٤٤

(٢) روى هذا الحديث بروايات مختلفة منها: (لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها، ومنها (لا تنكح المراة على عمتها ولا العمة على بنت لخيها ولا الخالة على بنت اختها) الفتح الكبير ٣٤١/٣ ، المنتقى٥٢٨/٢

(٣) النساء : ٢٣

(٤) سورة النساء/ ٧

(٥) سنن ابن ماجة: ٢٧٢١

(٦) سنن الدارمي: ٢٩٥٧

(٧) سورة البقرة/١٠٨

يتكففون الناس)).[1]

د ـ **بيان نص قرآني مجمل:** قال سبحانه وتعالى ﴿ وَأَقِيمُواْ الصَّلاَةَ وَآتُواْ الزَّكَاةَ ﴾[2] وقال ﴿وَلِلّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً ﴾[3] فهذه الآيات مجملة أي لا تدل على تفصيل أداء هذه الواجبات، لذا قام الرسول ﷺ بأداء الصلاة أمام أصحابه ثم قال لهم (صلّوا كما رأيتموني أصلي)[4]، والزكاة أيضا تعبير مجمل لا يدل على المال الذي تجب فيه الزكاة ولا على النصاب ولا على مقدار ما يجب أن يدفع للمستحقين للزكاة، فتولى الرسول ﷺ بيان كل ذلك. وكذلك آية الحج مجملة لا تدل على أركان وشروط ومناسك الحج، لذا قام الرسولﷺ بأداء الحج أمام أصحابه ثم قال لهم ﴿ لِتَأْخُذُوا مَنَاسِكَكُمْ ﴾[5].

هـ- تأكيد حكم ورد في القرآن الكريم، كتأكيد تحريم أكل مال الغير بدون حق في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً﴾[6] بقولهﷺ ((لا يحل مال امرئ إلا بطيبة نفسه))[7].

ومن الخطأ الشائع لدى بعض علماء الأصول أن للسنة النبوية وظيفة سادسة وهي نسخ القرآن بها، وهذا خطأ جسيم وإساءة أدب مع الله، بل فيه شائبة الشرك.

---

(١) متفق عليه اخرجه البخاري في كتاب الوصايا باب الوصية بالثلث ينظر شرح فتح الباري. ٥/٢٤٦٤ والنسائي في باب الوصية بالثلث ٦/٢٤١

(٢) سورة النور/٥٦.

(٣) سورة آل عمران/٩٧.

(٤) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول اللهﷺ وسننه وأيامه، للبخاري، رقم (٦٠٠٨).

(٥) حَدَّثَنَا إِسْحَقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ وَعَلِيُّ بْنُ خَشْرَمٍ جَمِيعًا عَنْ عِيسَى بْنِ يُونُسَ قَالَ ابْنُ خَشْرَمٍ أَخْبَرَنَا عِيسَى عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ أَخْبَرَنِي أَبُو الزُّبَيْرِ أَنَّهُ سَمِعَ جَابِرًا يَقُولُا رَأَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَرْمِي عَلَى رَاحِلَتِهِ يَوْمَ النَّحْرِ وَيَقُولُ لِتَأْخُذُوا مَنَاسِكَكُمْ فَإِنِّي لَا أَدْرِي لَعَلِّي لَا أَحُجُّ بَعْدَ حَجَّتِي هَذِهِ.

(٦) النسَاء : ٢٩.

(٧) رواه مسلم.

المطلب الرابع
المصادر الكاشفة

من اهم المصادر الكاشفة للأحكام الشرعية في الشريعة الإسلامية الإجماع والعرف والقياس والاستحسان والمصلحة وسد الذرائع والاستصحاب[1] وشرع من قبلنا.

اولا: الإجماع:

هو اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ في عصر من العصور على حكم شرعي اجتهادي[2] لسند. ويؤخذ من هذا التعريف أن انعقاد الإجماع بالمفهوم الأصولي يتوقف على الشروط الستة التالية:-

١ـ أهلية الاجتهاد: ويأتي بيانها في الفصل الثامن (الأخير).

٢ ـ أن يتم إقرار الحكم الشرعي للمسألة المعينة لمعرفة حكمها باتفاق جميع المجتهدين اعتقاداً أو قولاً أو فعلاً، صراحةً أو ضمناً.

٣ـ أن يكون المجتهدون من أمة محمد ﷺ، ولا يشترط أن يكونوا من فئة معينة كاهل المدينة كما يقول المالكية أو أهل العترة كما يقول الشيعة الإمامية، أو الصحابة كما يقول الظاهرية.

٤ـ أن يكون الإجماع على الحكم الشرعي بعد وفاة الرسول ﷺ، لأن الإجماع في حياته اذا تم بموافقته فالمصدر هو السُنّة دون الإجماع، وان خالفه يكون الإجماع باطلاً ولا يُعتد به فلا يكون مصدراً .

٥ـ أن يكون الحكم المجمع عليه حكماً شرعياً قابلاً للاجتهاد ، أما اذا كان الحكم منصوصاً عليه بنص، يكون هذا النص هو المصدر دون الإجماع. ومن الخطأ الشائع في بعض المراجع الفقهية أن يُقال (ومصدر هذا الحكم الكتاب والسنة والإجماع).

٦ـ أن يكون للإجماع سند شرعي وهذا السند غالباً تكون المصلحة الشرعية العامة، وقد يكون السند نصاً شرعياً كالإجماع على أن للجدة سدس التركة، استناداً إلى قول

---

[1] توجد مصادر اخرى كاشفة نعلف عليها في نهاية البحث عن هذه المصادر

[2] ينظر مؤلفنا اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد الطبعة الحادية عشر ٥٩/١

الرسولﷺ ((أعطوا الجدة السدس))[1] وأهمية الإجماع في حالة وجود النص هي أن الإجماع يجعل دلالة النص على حكمه دلالة قطعية، فيكون دور الإجماع في هذه الحالة دور المصدر المؤكد دون المصدر الكاشف، فكل حكم ورد بشأنه نص وتمّ الإجماع عليه لا يكون هذا الإجماع مصدراً للحكم وإنما هو مؤكد لما دلّ عليه النص.

أنواع الإجماع:

ينقسم الإجماع من حيث التعبير إلى نوعين :

النوع الأول: الإجماع الصريح: وهو أن يعبر المجتهدون كلهم عن الحكم تعبيراً صريحاً إما بالكلام أو بالفعل الصريح أي بالعمل بما تمّ عليه الإجماع.

ولا خلاف في حجية هذا النوع وفي انه بمثابة نص شرعي يدل على الحكم دلالة قطعية.

النوع الثاني: الإجماع السكوتي: وهو أن يوافق اكثر المجتهدين على حكم صراحةً ويسكت بعضهم عن التأييد أو المعارضة، فهذا السكوت يعتبره علماء أصول الفقه موافقة بشرطين :

الشرط الأول: أن تمضي مدة زمنية تكفي لان يحيط ادراك الساكت بالحكم المجمع عليه وبما يتعلق به.

الشرط الثاني: أن لا تكون هناك قرينة تدل على أن سكوته معارضة: وعلى سبيل المثل: سكوت فرنسا في حالة صدور حكم صادر عن مجلس الأمن لصالح فلسطين والشعب الفلسطيني، فهي لا تنضم إلى أمريكا باستخدام حق الفيتو، وإنما تلتزم جانب الصمت، فعلى الدول العربية أن لا تنخدع بهذا السكوت، لأن هناك قرينة على أن هذا السكوت معارضة، وهذه القرينة هي أن فرنسا هي التي جعلت الدولة الصهيونية دولة نووية.

---

[1] جاءت الجدَّةُ إلى أبي بكرٍ ﷺ فسألته ميراثَها فقال: ما لك في كتابِ الله شيءٌ وما علمتُ لك في سنَّة رسولِ الله شيئًا، فارجعي حتَّى أسألَ النَّاسَ، فسأل النَّاسَ، فقال المغيرةُ بنُ شُعبةَ: حضرتُ رسولَ الله ﷺ فأعطاها السُّدسَ، فقال هل معك غيرُك، فقام محمَّدُ بنُ مَسلمةَ الأنصاريُّ فقال: مثلَ ما قال المغيرةُ بنُ شعبةَ، فأنفذه لها أبو بكرٍ، قال ثمَّ جاءت الجدَّةُ الأخرَى إلى عمرَ فسألته ميراثَها، فقال: ما لك في كتابِ الله شيءٌ، ولكن هو ذاك السُّدسُ فإن اجتمعتما فهو بينكما وأيُّكما خلتْ به فهو لها.. الشوكاني، الدراري المضية، ٤٣٠

ومن أمثلة الإجماع السكوتي في الشريعة الإسلامية سكوت الصحابة عن معارضة عمر بن الخطاب ﷺ حين قضى بمنع صرف الزكاة للمؤلفة قلوبهم.
وفي رأينا المتواضع يجب الرجوع إلى العمل بما في القرآن دون اجتهاد سيدنا عمرﷺ، لأن المبشرين يستخدمون المادة لجلب فقراء المسلمين إلى دينهم.

ثانيا: العرف:

تقديم العرف على القياس مبني على انه اهم منه من الناحية العملية في الشريعة والقانون، إضافة إلى أن القرآن أمر برعاية العرف في آيات كثيرة بخلاف القياس، فانه لا نجد الإشارة إليه إلا قليلاً، وكل ما ورد في القرآن من لفظ المعروف يراد به العرف.

تعريفه، عناصره، أنواعه، حجيته، شروطه، أهميته

تعريفه:

لغةً: له معان كثيرة منها الجميل من الأفعال والأقوال، وعرف الديك منبت الريش، وعرف الفرس منبت الشعر.

وفي اصطلاح أهل الشرع: ما تكرر استعماله من فعل [١]أو قول[٢] حتى اكتسب صفة الاستقرار في النفوس[٣] والتقبل في العقول[٤] والرعاية في التصرفات[٥].

العرف والعادة:

اختلف علماء الأصول في النسبة بينهما، بعد أن اتفقوا على إنهما العموم والخصوص المطلق، فمنهم من قال: العادة اعم مطلقاً[٦]، ومنهم من قال: العرف اعم مطلقاً[٧]، والاتجاه

---

[١] كعادة فعلية اقتصادية مثل بيع المعاطاة، أو إجتماعية كزيارة المريض وتبادل الهدايا بالمناسبات، أو سياسية كالمقابلة بالمثل في القضايا الدبلوماسية.

[٢] كلفظ تكرر استعماله في معنى جديد غير ما وضع له لغة حتى اصبح حقيقة عرفية فيه، مثل لفظ (ولد) في الذكر بعد ان كان موضوعاً في اللغة لكل من الذكر والانثى.

[٣] وما حصل بطريق الندرة فلم يستقر في النفوس لا يسمى عرفا في الاصطلاح.

[٤] ولا يعتبر عرفا ما إستقر في النفوس عن طريق الأهواء والشهوات كإعتياد أعمال الفجور.

[٥] هذا تعريف استنتجته من تعريفات متعددة وجدت كل واحد منها لا يخلو من نقص أو عيب.

[٦] من يرى ان العادة أعم قال إنها تشمل كل مكرر من الأقوال والأفعال، سواء أكان صادراً من الفرد أم من الجماعة؟ وسواء أكان مصدره أمرا طبيعيا أم كان مصدره العقل، أم كان المصدر الأهواء والشهوات.

[٧] على اساس أن العرف يشمل الفعل والقول، والعادة تقتصر على الأول.

السائد لدى فقهاء الشريعة هو التسوية بينهما[١].

وفي رأينا المواضع إنهما يختلفان، لأن العادة لم ترد في القرآن، وإنها من الغرائز غالبا، وإذا تكررت تصبح إدماناً كالتدخين وتعاطي المسكرات والمخدرات.

عناصره:

يؤخذ من تعريفه أنه يتكون من عنصرين (مادي ومعنوي).

العنصر المادي: هو الفعل أو القول المتكرر استعماله.

العنصر المعنوي (النفسي): هو صفة التقبل والاحترام والالتزام الأدبي.

انواعه:

ينقسم العرف إلى عدة أنواع باعتبارات مختلفة ومنها:

أ- باعتبار عنصره المادي قولي وفعلي:

١- **العرف القولي**: هو لفظ موضوع في اللغة لمعنى ثم استعمل في معنى جديد، وتكرر استعماله في هذا المعنى حتى اصبح حقيقة عرفية، كلفظ (ولد) وضع لغة للذكر والأنثى، ثم استعمل للذكر فقط، وكلفظ (لحم) فانه في اللغة يشمل لحم كل حيوان، ولكن في العرف يُستعمل لما عدا لحم السمك. ويسمى هذا (عرفاً استعمالياً).

وقد يكون العرف القولي: شرعياً، وقد يكون قانونياً، وقد يكون عرفاً آخر من الأعراف الخاصة.

فالعرف الشرعي[٢]: هو لفظ وضع لغة لمعنى عام، ثم نقل إلى معنى شرعي جديد خاص، كلفظ (صلاة) معناه اللغوي الدعاء، وفي عرف أهل الشرع عبارة عن العبادة المعروفة التي يجب أداؤها يومياً في خمسة أوقات محددة، وكلفظ (صيام) معناه اللغوي مطلق الإمساك وفي عرف الشرع الإمساك الخاص عن الأكل والشرب والمعاشرة الجنسية من الفجر إلى المغرب.

والعرف القانوني: هو لفظ نقل من معناه اللغوي إلى معنى قانوني خاص، كلفظ (جناية) في اللغة كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها، وفي العرف

---

[١] على أساس أن مفهومهما واحد، فكل يصدق على كل ما يصدق عليه الأخر. ونرى من الضروري استعمال لفظ العرف ومشتقاته في الأحكام.

[٢] في الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص٩٣ (والعرفية الشرعية كالصلاة والزكاة والحج تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية). والمعنى اللغوي للصلاة: الدعاء، وللزكاة:النمو، وللحج:القصد.

القانوني –كما في قانون العراق-جريمة معاقب عليها بالإعدام أو بالسجن المؤقت أو بالسجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة[١].

وللعرف القولي دور مهم في تفسير النصوص، وصيغ العقود، وعليه تدور العقود والتصرفات الشرعية من بيع وإجارة وشروط عاقد وثمن ومثمن وغير ذلك، لأن المتكلم بصيغ العقود وما يتعلق بها من شروط وغيرها، إنما يريد بها معانيها التي وضعت لها عرفاً، سواء أكان العرف عاماً أم خاصاً، فيرجع إليه القاضي عند غموض النصوص وصيغ العقود.

٢- **العرف الفعلي**: وهو إما مشروع كبيع المعاطاة، وزيارة المرضى، وتبادل الهدايا بالمناسبات، وقبض المهر المقدم قبل الزفاف وتقديم هدية الزوج إلى زوجته ليلة الزفاف. وإما غير مشروع كلعب القمار وتعاطي المسكرات والتعامل بالفوائد الربوية واحتكار السلع الاستهلاكية في الظروف الاستثنائية كظروف الحرب.

ب- باعتبار الشمول إما عام أو خاص:

١- **العرف العام (أو العرف الدولي)**: وهو الذي لا يختص بإقليم دون إقليم، ومن الأعراف العامة (الدولية) المقابلة بالمثل في الميراث[٢]، وتسليم المجرمين السياسيين وإعادتهم إلى دولهم[٣] وقطع العلاقات الدبلوماسية واستئنافها عند الخلافات والنزاعات التي تُرتكب من قبل الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية من الأجانب، وكعدم تفتيش الحقائب الدبلوماسية[٤] في المطارات والمحطات، وكإجراءات مراسيم الزيارات الرسمية واستقبال النظير لنظيره، وكالأعراف التجارية في التجارة الدولية. وقد تصبح هذه الأعراف الدولية ملزمة كإلزام القانون الداخلي بموجب الاتفاقات الثنائية أو الجماعية أو بإقرارها في القوانين الداخلية.

---

[١] م٢٥ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

[٢] م٢٣/١ مدني عراقي:اختلاف الجنسية غير مانع من الارث في الاموال المنقولة والعقارات، غير ان العراقي لا يرثه من الاجانب الا من كان قانون دولته يورث العراقي منه.

[٣] قانون اعادة المجرمين العراقي وتعديلاته.

[٤] م١١ ق. ع. ع (لا يسري هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الاشخاص المتمتعين بحصانة مقررة بمقتضى الاتفاقيات الدولية أوالقانون الدولي، أو القانون الداخلي).

٢- **العرف الخاص (أو العرف الإقليمي أو المحلي)**: وهو الذي يختص بإقليم معين، أو منطقة معينة، ومن الأعراف الخاصة المحلية، الأعياد الوطنية[1]، ومثل الزي الخاص ببلد واحد أو منطقة معينة من بلد واحد، وكتقديم بعض المهر وتأجيل بعضه في العراق إلى أقرب الأجلين (الطلاق أو الوفاة)[2]، ولكل بلد أعراف وعادات فعلية خاصة في الملبس والمسكن والمشرب والمأكل والزيارات، كما توجد أعراف مشتركة بين الشعوب والأقاليم والدول.

جـ- باعتبار المشروعية إما صحيح أو فاسد:

العرف الصحيح: هو الذي لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، ولا يجعل حلالاً حراماً ولا حراماً حلالاً في ميزان الشريعة الإسلامية بالنسبة لأعراف المسلمين.

العرف الفاسد: هو العرف الذي يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة، بأن يتعارض مع قاعدة شرعية ثابتة كتعاطي المسكرات والمخدرات، ولعب القمار، والبناء على المقابر، وإحياء ليلة الأربعين للوفاة والذكرى السنوية للوفاة وتهيئة الطعام في اليوم الثالث للوفاة لمن يحضر مجلس الفاتحة.

د- باعتبار وقوعها في الوجود إما ثابتة أو متغيرة[3]:

الأعراف الثابتة: هي التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان مادامت الحياة باقية، كالأكل والشرب والنوم واليقظة والفرح والحزن، وميل الطبع إلى الحسن ونفرته عن القبيح. هذا عند من يُدخل هذه الأمور في الأعراف، وإلا فالغرائز في اعتقادي ليست منها، فالأحكام المتأثرة بهذه العادات لا تختلف لأن منشأها الغرائز الطبيعية.

الأعراف غير الثابتة: وهي أعراف تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال والظروف والأشخاص، فالأحكام المبنية على رعايتها تختلف باختلافها وتتغير بتغيرها، وهذا النوع هو المراد بالقاعدة العامة المعروفة (لا يُنكر تغير الأحكام بتغير

---

[1] أما الاعياد الدينية فهي الاعراف الشرعية العامة.

[2] م٢٠ من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

[3] انظر الموافقات في اصول الشريعة ٢٩٧/٢، لابي اسحاق الشاطبي (ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، (ت٧٩٠ هـ).

الأزمان)[1] والمراد بالتغير التبدل، لأن لله تعالى حكماً لكل ظرف، فإذا تغير الظرف تبدل الحكم بحكم الظرف الجديد.

حجية العرف:

العرف حجة شرعية إذا توافرت شروطه بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول :

القرآن الكريم:

امر القرآن الكريم برعاية العرف في كثير من التطبيقات والأحكام الجزئية في آيات متعددة ومنها قوله تعالى ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾[2]

وقوله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[3].

وقوله تعالى ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾[4].

وقوله تعالى ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[5].

وقوله تعالى ﴿ الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[6].

وقوله تعالى ﴿فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾[7]

وقوله تعالى ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[8]

وقوله تعالى ﴿ لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾[9].

---

[1] مجلة الاحكام العدلية، م٣٩ .

[2] سورة الاعراف/ ١٩٩.

[3] سورة البقرة/ ١٨٠.

[4] سورة البقرة/ ١٧٨.

[5] سورة البقرة/ ٢٢٨.

[6] سورة البقرة/ ٢٢٩.

[7] سورة البقرة/ ٢٣٢.

[8] سورة البقرة/ ٢٣٣.

[9] سورة البقرة/ ٢٣٦.

وغير ذلك من عشرات الآيات التي تشير إلى وجوب رعاية العرف (المعروف) وهو الفعل أو القول الجميل الذي استقر عليه الناس وارتضته النفوس وتقبلته العقول السليمة.

السنة النبوية:

روي عن الرسول ﷺ (فما رآهُ المسلِمونَ حسنًا فَهوَ عندَ اللّهِ حسنٌ، وما رآهُ المسلمونَ قبيحًا فَهوَ عندَ اللّهِ قبيحٌ)[1].

الإجماع:

اجمع فقهاء الشريعة من صدر الإسلام إلى يومنا هذا على حجية العرف، وسند إجماعهم الآيات المذكورة والسنة النبوية، وإقرار الإسلام لكثير من أعراف وعادات العرب التي كانت سائدة قبل الإسلام، بعد أن نظمها ونقحها من الشوائب، كالأعراف في المعاملات المالية والأحوال الشخصية والعقوبات وغير ذلك، وهذه الأعراف منها ما كانت محلية، ومنها ما كانت مأخوذة من الشرائع السابقة كشريعة سيدنا ابراهيم وإسماعيل وموسى وعيسى (على نبينا وعليهم الصلاة والسلام)، ومنها ما كانت مأخوذة من الأمم المجاورة نتيجة الاحتكاك التجاري، فأقرّ الإسلام منها ما لا يتعارض مع روح الشريعة والمصالح العامة، كعقد البيع والرهن والإجارة والشركة والقراض وغيرها من عقود المعاملات، وكالكفاءة في الزواج، وكوجوب الدية على العاقلة في العقوبات[2]، واستبعد الإسلام الأعراف العربية التي كانت تُحقق مصلحة فرد أو فئة على حساب الآخرين، فقد كان الولي يأخذ مهر موليته لنفسه باعتباره ملكاً له دونها اذا زوجها، فألغى القرآن هذا العرف بقوله تعالى ﴿وَآتُواْ النِّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَّرِيئاً﴾[3] وكان العرف قبل الإسلام لا يُعطي الميراث إلا لمن يُحارب من الرجال، ويحرم النساء

---

[1] عن ابن مسعود، موقوف حسن، ابن حجر العسقلاني، موافقة الخبر الخبر، ٢/٤٣٥

[2] عاقلة الجاني: من بهم التناصر عرفاً، فهذه كانت قاعدة عرفية عند العرب، فنظمها الاسلام وطورها ووسع مفهوم العاقلة ليشمل ديوان الجند وكل مؤسسة ينتمي اليها القاتل قتلاً خطأً. وكانت الدية الف دينار، او عشرة آلاف درهم، او مائة ابل، او مئتي بقرة، او الف شاة، او ما يحل محل ذلك حسب الظروف والزمان والمكان.

[3] سورة النساء/ ٤، النحلة العطية.

والأطفال منه، فألغاه القرآن بقوله تعالى ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاء نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً﴾ [١]، وبآيات الميراث الأخر، وكان نظام التبني عرفاً سائداً، فألغاه القرآن بقوله تعالى ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءكُمْ أَبْنَاءكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ﴾[٢] لكن التبني بمعنى أن يتولى شخص تربية يتيم أو فقير أو أي طفل آخر، كما في حالة عقم أحد الزوجين، أمر مُحبذ، والمربي مأجور عليه عند الله إلى أن يبلغ، فعندئذ يجب أن يستقل عن هذه الأسرة، لحرمة الاختلاط، ما لم يحصل التزاوج بين هذا المتبنى وبين أحد أولاد المربي، ولا يثبت التوارث ما لم يعترف بنسبه وهو مجهول النسب. كذلك استبعد الإسلام المعاملات المالية التي فيها الضرر وتحقيق المصلحة لأحد المتعاقدين على حساب الآخر، أو التي فيها الضرر للمجتمع. فنهى الرسول ﷺ عن عادة تلقي الركبان[٣]، وعن بيع الحاضر لباد[٤]، وعن النجش[٥] وغير ذلك من كثير من العقود المضرة بطرف من أطرافها أو بالمجتمع.

المعقول:

العرف غالباً مبني على أساس من ضروريات وحاجيات ومصالح الإنسان الاجتماعية والاقتصادية وغير ذلك، والأحكام التي انزلها الله لعباده، صالحة لكل زمان ومكان، فهي تستهدف رفع الحرج عن الناس وتحقيق التيسير لهم في شتى مجالات الحياة، فلو لم تتأثر الأحكام المبنية على الأعراف والعادات في استنباطها ببيئة الناس، ولم تكن مناسبة لظروفهم الاجتماعية والاقتصادية وغيره، لأدى ذلك إلى الضيق والحرج المرفوضين من قبل الشريعة الإسلامية بنصوص من الآيات القرآنية، منها قوله

---

[١] سورة النساء/ ٧.

[٢] سورة الاحزاب/ ٤.

[٣] هو استقبال من يأتي بسلعة لمحصوله الحيواني او الزراعي لبيعه بسعر السوق في البلد، وشراءه قبل ان يدخل السوق او يعرف السعر الحديث، اخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم تلقي الجلب ١٠/٤١٨.

[٤] هو ان يصير من في البلد سمساراً لمن اتى بمحصوله من الارياف و القرى او ينوب عنه في البيع بصورة تدريجية وبسعر اغلى. الحديث اخرجه مسلم، كتاب البيوع باب تحريم حاضر لباد ١٠/٤٢٠.

[٥] النجش (بفتح النون وسكون الجيم) الزيادة في ثمن السلعة لا ليشتريها بل ليغر بذلك غيره. الحديث اخرجه الترمذي كتاب البيوع.

تعالى ﴿مَا يُرِيدُ اللّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَـكِن يُرِيدُ لِيُطَهَّرَكُمْ﴾[١]، وقوله تعالى ﴿يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[٢]، ولا يعني هذا أن الأعراف والظروف تتحكم في النصوص الصريحة، فتحمل المجتهد على القول بحكم غير الذي يُعطيه، وإنما يعني أن من النصوص ما هو قواعد عامة يمكن تطبيقها بحسب ظروف الناس وأحوالهم، ومنها ما هو معلل بمصالح خاصة تدور معها وجوداً وعدماً.[٣]

شروط العمل بالعرف:

يشترط للحكم بمقتضى العرف أن تتوافر فيه الشروط التالية:

أ- **أن يكون صحيحاً**، أي لا يخالف دليلاً من الأدلة الشرعية ولا قاعدة من قواعدها الأساسية، فلا يجوز للمجتهد ولا للمشرع ولا للقاضي ولا للمفتي، بناء الأحكام على العرف الفاسد، لان المبني على الفاسد فاسد.

لكن ما الحكم اذا تعارف الناس عقداً من العقود الفاسدة أو تصرفاً من التصرفات الفاسدة، بدافع من دوافع ضروريات الحياة، كانتفاع البائع بداره بدون مقابل بعد البيع، بأن يشترط على المشتري حين البيع أن يبقى فيها مدة سنة أو اقل أو اكثر بدون أجرة، وبدون أن يكون ذلك مقابل جزء من الثمن، فيضطر المشتري إلى قبول هذا الشرط الفاسد المفسد، وكالتعامل بالعربون[٤] تحت ضغط العرف السائد، وكانتفاع الدائن المرتهن بالعين المرهونة، وكبيع الوفاء[٥]، وكاضطرار أهل الميت إلى

---

[١] سورة المائدة/ ١٠.

[٢] سورة البقرة/ ١٨٥.

[٣] لمزيد من التفصيل يراجع الشاطبي، الموافقات ٢/٢٨٦ وما بعدها.

[٤] اختلف في حكمه فقهاء الشريعة:فقال بمنعه جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية، المغني٤/٢٥٧، وقليوبي وعميرة ٢/١٨٦، ونيل الاوطار ٥/١٥٣، لانه اكل بالباطل، وقد قال تعالى ﴿ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾، سورةالبقرة/١٨٨، والمشهور من مذهب الامام احمد جوازه.

[٥] بيع الوفاء هوان يبيع شخص عيناً لشخص آخر بثمن معين او بالدين الذي عليه له، بشرط انه متى رد البائع الثمن على المشتري او ادى دينه يرد المبيع (م١١٨) المجلة، تجري في هذا البيع بعض احكام البيع الصحيح وهو ان المشتري قد يملك زوائد المبيع ومنافعه، وبعض احكام البيع الفاسد وهو ان لكل واحد من العاقدين فسخ البيع، وتجري فيه احكام الرهن بعد القبض.

تقديم الطعام للناس تحت ضغط العادات الفاسدة، ومثل ما يسمى (سر قفلية) وغير ذلك من مئات الأعراف والعادات الفاسدة.

الجواب على هذه الأسئلة: هو أن من واجب الدولة مكافحة الأعراف الفاسدة وما يُبنى عليها من المعاملات والتصرفات الفاسدة.

واذا لم تقم الدولة بذلك وبقي الفرد مضطراً تحت ضغط العرف الفاسد إلى الإقدام على التعامل، فهل يُسأل ديانة اذا لم يُسأل قضاءً؟

أجاب القرآن الكريم على ذلك بقوله تعالى ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [1]، وقوله تعالى ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[2]، وقوله تعالى ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[3].

وفي ضوء هذه الآيات الكريمة واستناداً إلى السماح الواسع للشريعة الإسلامية، أرى من الصواب ما ذهب إليه المرحوم شيخ الأزهر سابقاً الشيخ محمد الخضري، من انه (ليس للفقيه أن يفتي أو يقضي بما جرى به العرف المخالف لأصل من أصول الشريعة، إلا أن تدعو إلى ما جرى به العرف ضرورة، فيكون الحكم مبنياً على مراعاة الضرورة، ويدخل من قبيل الرخصة التي يقررها الفقيه على حساب الاجتهاد، فشأن الفقيه أن ينظر في المعاملات المخالفة لأصل من أصول الشريعة، فان كانت ناشئة عن ضرورة، كان له أن يستثنيها من اصل المنع ويجعل الضرورة علة استثنائها من ذلك الأصل، فان كانت ناشئة عن جهالة أو هوى غالب، فما له إلا أن يفتي بفسادها ويُعلم الناس وجه المعاملة الصحيحة، ولا يصحّ أن يجعل ما يجري به العرف الفاسد أمراً مشروعاً، وان يفتي بصحته دون أن تدعو إليه ضرورة يحسن العارف بمقاصد الشريعة تقديرها)[4].

---

[1] سورة البقرة /١٧٣.

[2] سورة النحل/ ١١٥.

[3] سورة الانعام/ ١٤٥.

[4] وقد نشر هذا في مجلة الازهر تحت عنوان (يراعى العرف في القضاء والفتوى) ونقله الاستاذ المرحوم عبد الوهاب خلاف، في كتابه مصادر التشريع الاسلامي فيما لا نص فيه، ص١٢٥.

ب- **وان يكون العرف مطرداً**، فان كان مضطرباً، بان يطبق في بعض الحالات ويترك في حالات أخرى، لا يصلح أن يكون مصدراً للحكم، والمراد بالاطراد التكرار والتلاحق[1].

ج- **وان يكون سابقاً وجوده على الواقعة التي يطبق فيها** ويبني عليه حكمها، لأنه كالقاعدة القانونية ليس له الأثر الرجعي، فيجب أن يكون حدوثه سابقاً على وقت التصرف (أو الواقعة)، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه، سواء أكان التصرف قولاً أم فعلاً، فاذا كان طارئاً على التصرف أو حادثاً بعده أو كان سابقاً على التصرف وتغير قبله، فلا يُعمل به.

د- **وان يكون عاماً في الأحكام العامة**، والمعتبر لبناء الأحكام الشرعية هو العرف العام، لان العرف الخاص لا يفيد الحكم العام، والخاص يُبنى عليه الحكم الخاص بأهله، كالألفاظ المتعارفة في المعاملات في بلد دون آخر، فتجري في كل بلدة على عادة أهلها[2].

هـ- **وان لا يتفق طرفا العلاقة على العمل بخلاف مقتضى العرف**، وإلاّ فيُقدم العمل بالاتفاق على العمل بالعرف، فاذا اتفق الزوجان في العراق على أن يكون كل المهر مقدماً، فليس للزوج بعد ذلك أن يطلب من القاضي الحكم بتأجيل بعضه، بناءً على العرف السائد. وكذلك اذا اتفقا على أن يكون كل المهر مؤجلاً، ليس للزوجة الامتناع عن الانتقال إلى بيت الزوجية بحجة أنها لم تستلم مهرها المقدم. واذا كان العرف في السوق تقسيط الثمن، واتفق العاقدان صراحة على الحلول، أو كان العرف يقضي بأن مصاريف التصدير على المشتري، واتفقا أن تكون على البائع، يُعمل بالاتفاق دون العرف.

---

[1] قال السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن) في الاشباه والنظائر، ص١٠١ (انما تعتبر العادة اذا اطردت فاذا اضطربت فلا).

[2] لمزيد من التفصيل، يراجع العرف والعادة في رأي الفقهاء، للدكتور احمد فهمي (ابو سنة)، ص٦١ وما بعدها، في المجلة م٤١ (انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت).

أهمية العرف

قلّت أهمية العرف بالنسبة للقوانين الوضعية الداخلية، بعد أن تحولت اكثر القواعد العرفية إلى قواعد قانونية بتشريعها، وعلى الرغم من ذلك فان العرف لا يزال يُعتبر مصدراً احتياطياً، على القاضي أن يلجأ إليه كلما لم يجد نصاً يحكم الواقعة المرفوعة إليه[١]. ولا تزال الأعراف الدولية تحتل مكانة سامية في القانون الدولي العام، فهي من اهم المصادر التي يَستقى منها أحكامه.

أما بالنسبة إلى الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، فان العرف يبقى محتفظاً بأهميته وتتجلى هذه الأهمية في كثير من المجالات ومنها:

١) يستعين الفقيه والقاضي والمفتي في تفسير النصوص بالأعراف السائدة عند نزول هذه النصوص وتطبيقها[٢]، وعلى سبيل المثل: قال سبحانه وتعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ الرِّبَا أَضْعَافاً مُّضَاعَفَةً ﴾[٣] فهذا القيد ﴿ أَضْعَافاً مُّضَاعَفَةً ﴾ ليس له مفهوم المخالفة، وبالتالي لا يدل على أن هذا النوع من الربا هو المحرم، وما عداه ليس بمحرم، لأن الآية جاءت للتعبير عن حكم الواقع الذي كان الناس عليه من عاداتهم في التعامل بالربا، حيث كان المرابي يقول لمدينه عند حلول أجل دينه، زدني في المال أزدك في الأجل، فيضطرّ المدين أن يفعل ذلك، إلى أن تتراكم الديون بذمة المدين بحيث لا يستطيع أن يفي بها، فيبعه مع زوجته وأولاده بعد استعبادهم، وهذا ما يُسمى ربا الفضل في الجاهلية[٤].

---

[١] تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين، فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)، واخذت بهذا النهج القوانين المدنية في البلاد العربية، لكن منها ما قدمت العرف على الشريعة كالعراقي.

[٢] لمزيد من التفصيل يراجع السرخسي (ابو بكر محمد بن احمد) في المبسوط ٦٢/١٦ من كتاب آداب القضاء.

[٣] سورة آل عمران/ ١٢٠.

[٤] لمزيد من التفصيل يراجع تفسير الفخر الرازي ٥/٢.

٢) على القاضي أن يراعي العرف في القضايا التالية[١]:

أ- الامتناع عن سماع الدعوى عند اقترانها بما يكذبها في العرف والعادة، كمضي مدة التقادم، فقال فقهاء المسلمين (فاذا ترك المدعي المطالبة بحقه مدة يعتبرها العرف قرينة على كذبه في المطالبة بالمدعى به، على القاضي أن يرد هذه الدعوى)، وقدّروها في ضوء أعراف زمنهم بـ(٣٣سنة) في دعاوى أموال الميراث (المطالبة بالحق في التركة) وأموال الوقف، وقدّروها في غير الإرث والوقف بـ(١٥سنة)، ويرى المالكية أن دعوى المطالبة بالعقار تسقط (أي لا تُسمع) بمضي (١٠سنوات) استناداً إلى ما روي أن الرسول ﷺ قال (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له).

ب-أن يحاكم في ضوء المعاني العرفية للألفاظ الواردة في صيغ العقود والدعاوى[٢].

جـ-عند التخاصم وعدم البينة، على القاضي أن يرجع رأي من يؤيده العرف بعد تحليفه، لأنه متمسك بالظاهر وبما هو الأصل، فاذا اختلف الزوجان في متاع البيت (الأثاث)، يُرجح قول من يتفق مع عرف بلده بعد تحليفه، لأنه وان كان لكل واحد منهما يد على أثاث البيت، لكن يد من شهد له العرف اقوى، وكذلك يقضى للزوج بما يختص به عرفاً كالسلاح والفرس، وللزوجة بما يختص بها عرفاً كالحلي[٣].

٣) **يحكم العرف في الوقائع (العادة محكمة)**[٤] العرف معيار يرجع إليه القاضي في

---

[١] في المجلة، (المعروف كالمشروط) م٤٢، (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) م٤٤،(التعيين بالعرف كالتعيين بالنص) م٤٥.

[٢] لمزيد من التفصيل يراجع ابن فرحون، تبصرة الحكام على هامش فتح العلي المالك ٦٠/٣ ومابعدها

[٣] ينظر تبصرة الحكام، المرجع السابق ٥٧/٢ وما بعدها.

[٤] المجلة، م٦٣، و م ١/١٦٤ مدني عراقي (العادة محكمة عامة كانت او خاصة). الصواب (العرف محكم عاما أو خاصا).

تطبيق الأحكام المطلقة كالنفقة [١]، الكفاءة [٢]، الرؤية الموجبة للخيار[٣]، العيب الموجب للخيار[٤]، حجم ونوع التعازير[٥]، وفي الضمان وعدمه عند هلاك الودائع[٦]، وفي استنتاج الباعث الدافع[٧]، وفي مالا ضبط له شرعاً كالحيض والبلوغ وغير ذلك من الأمور التي يمكن عن طريق تحكيم العرف الوصول إلى الحكم العادل فيها).

٤) **التعبير عن الإرادة بالأفعال يعتد به الشرع والقانون** بدليل العرف كالبيع والشراء بالمعاطاة، فإنها تدل على الرضا عرفاً، وكفتح أبواب المحلات العامة تعبيراً عن الإذن بدخولها، وكتقديم الطعام للضيف فانه إذن له عرفاً بتناوله له.

---

(١) يرجع القاضي في معرفة نوع النفقة ومقدارها الى عرف بلد الزوجين مع مراعاة حالتهما المالية والاجتماعية عند تطبيق القاعدة الشرعية الكلية الواردة في قوله تعالى ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾، سورة الطلاق /٧.

(٢) الكفاءة شرط من شروط لزوم الزواج عند جمهور الفقهاء، فالقاضي يرجع الى عرف البلد فيما يعتبر من باب الكفاءة وما لا يعتبر مستعينا باهل الخبرة، فاذا زوجت امرأة نفسها من غير كفء في عرف البلد بدون اذن وليها صح العقد عند بعض الفقهاء –كالحنفية–ولاولياؤها حق الاعتراض وطلب الفسخ دفعا لضرر العار عنهم. والصفات المعتبرة في الكفاءة باستثناء الدين يقررها العرف.

(٣) من الرؤية في بحث خيار الرؤية الوقوف على الحال والمحل الذي يعرف به المقصود الاصلي من المبيع أي المقصود بها العلم الحادث باحدى الحواس الخمس لا بالعين الباصرة فقط.

(٤) يستعين القاضي بالعرف في معرفة حجم العيب ومدى تاثيره على نقص المال وقيمته.

(٥) التعازير عقوبات تقدرها السلطة التشريعية الزمنية وهي تختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص وفق الاعراف السائدة في كل بلد. يقول القرافي، الفروق ٤/١٨٤ (فرب تعزير في عصر يكون اكراماً في عصر آخر، ورب تعزير في بلد يكون اكراماً في بلد آخر).

(٦) يرجع القاضي في ضمان الودائع والامانات لمعرفة حرز مثلها وتقدير العناية اللازمة لحفظها وبالتالي تقدير التقصير وعدمه الى العرف.

(٧) يستعين القاضي بالقرائن العرفية في استنتاج القصد الجنائي في الجنايات، والباعث الدافع في المعاملات والاحوال الشخصية، فاذا وهبت الزوجة مهرها لزوجها ثم طلقها بعد زمن غير طويل وطالبت بالمهر بحجة ان الباعث الدافع الى الهبة كان استدامة العلاقة الزوجية، على القاضي ان يحكم برد المهر بعد تحليفها، لان العرف يؤيدها.

٥) **تغير الأحكام المتأثرة بالأعراف بتغيرها**، وهذا هو المراد بالقاعدة المعروفة (لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)[1].

من تطبيقات هذه القاعدة في الشرع الإسلامي ما يلي:

التسعير: النص قد يكون معللاً بالعرف أو بعلة مرجعها العرف، ثم تتغير العلة بتغير العرف فيظهر تغير الحكم الذي تضمنه النص.

قال أهل المدينة المنورة للرسول ﷺ (غلا السعر في المدينة فسعر لنا) قال ﷺ (إن الله هو المسعر[2] القابض[3] الباسط الرزاق، اني لأرجو إن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال)[4]. فامتناعه عن التسعير واعتباره إياه ظلماً كانا مبنيين على أساس أن الغلاء كان ناتجاً عن قلة الإنتاج وكثرة الطلب (قانون العرض والطلب)، فالعرض كان قليلاً لقلة الإنتاج، ولما تغيرت الأعراف وتبدلت النفوس، فمالت إلى الجشع والاستغلال والكسب على حساب المستهلك، افتى فقهاء التابعين[5] بضرورة تسعير المواد رعاية لمصلحة المستهلكين ومكافحة للجشع والاستغلال.

ثالثاً: القياس:

التعريف التقليدي للقياس هو الحاق حادث لم يرد بشأن حكمه نص خاص، بحادث آخر ذي حكم منصوص عليه، لاشتراكهما في سبب[6] الحكم.

ومن تطبيقاته، قياس الخالة على الخال في الميراث لاشتراكهما في سبب الميراث وهو القرابة، قال الرسول ﷺ **(الخال وارث من لا وارث له)**[7]، وكذلك قياس الموصى له القاتل على

---

[1] المجلة ،م٣٩، وقد ذكرنا ان التغير يجب ان يُحمل على التبدل، لان حكم الله لا يتغير بل له احكام متعددة في قضية واحدة، كلٌ لظرف معين، فيتبدل حكم بحكم آخر حسب تغير الظروف.

[2] يعني يفعل ذلك بارادته.

[3] المقتر.

[4] اخرجه ابو داود كتاب البيوع، باب التسعير ٣/٢٧٠. والترمذي في نفس الباب ٣/٦٠٦. ابن ماجه، كتاب التجارات ٢/٧٤١، الدارمي، كتاب البيوع، باب النهي عن التسعير ٢/٢٤٩.

[5] سبل السلام ٣/٢٥.

[6] اختيارنا لتعبير السبب في تعريف القياس بدلا من العلة مبني على ان العلة ليست مصطلحا اسلاميا بل انتشرت بين علماء المسلمين بعد ترجمة المنطق والفلسفة.

[7] صحيح، ابن حبان، بلوغ المرام، ٢٨٣، صححه الألباني، صحيح الترمذي، ٢١٠٤.

الوارث القاتل في الحرمان من الوصية، لاشتراك الواقعتين في سبب الحكم، وهو استعجال الموصى له في الوصول إلى هدفه قبل أوانه، والقاعدة الشرعية تقول (من أستعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه)[1]. وقياس الموقوف عليه القاتل للواقف في حرمانه من المال الموقوف لنفس السبب.

التعريف المقترح:

أقترح أن يُعرّف القياس بأنه إرجاع الجزئيات إلى الكليات المعقولة المعاني، أي التي يُدرك العقل علل أحكامها.

كإرجاع جميع الإيذائات المادية والمعنوية إلى تعبير (أُفّ) في قوله تعالى **﴿فلا تقل لهما أف﴾** في علّة التحريم، وهي إساءة الأدب مع الوالدين أو أحدهما وإلحاق الأذى المعنوي أو المادي بهما.

وكإرجاع كل عملة معدنية أو ورقية متداولة في العالم، التي حلّت محل الذهب والفضة في التعامل، إلى تعبيري الذهب والفضة في قوله تعالى **﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلاَ يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾**[2] في كل ما يجب فيهما وما يحرُم، بسبب الإشتراك في علّة الحكم وهي الكنز وعدم الإستثمار لتحقيق المصالح الفردية والإجتماعية.

وإرجاع كل تجاوز على حق الغير بدون مبرر إلى لفظ (الأكل) ومشتقاته، فيما ورد النهي عنه في القرآن الكريم، كما في قوله تعالى **﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً﴾**[3]. وقوله تعالى **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾**[4]، للعلة المشتركة وهي إلحاق الضرر المادي بالغير بدون سبب مشروع.

ووجه إختياري لهذا التعريف أمران:

أحدهما رفع الخلاف في حجّية القياس، لأن بعض الفقهاء، كالظاهرية والشيعة الإمامية ومن حذا حذوهما، ذهبوا إلى إنكار حجية القياس بالمعنى التقليدي، وأما القياس بالمعنى المقترح، فإنكاره يُعد إنكاراً للنص الكلي، وبالتالي لا يبقى الخلاف المذكور.

---

(1) المجلة م٩٩

(2) التوبة : ٣٤

(3) النساء : ١٠

(4) النساء : ٢٩

والأمر الثاني، إنشغال الذهن بالمناقشات وإستعراض الأدلة وردودها، وضياع الوقت والعمر في ما لا جدوى فيه من الناحية العملية، ونحن نعيش في عصر السرعة، ونبذ النقاش والجدل في ما لا جدوى فيه.

أركان القياس التقليدي:

يؤخذ مما ذكرنا أن القياس، بالمعنى المتعارف بين علماء أصول الفقه، يتوقف على أربعة أركان :

١ـ المقيس عليه: كالخال والوارث في المثالين المذكورين .

٢ـ المقيس: كالخالة والموصى له في المثالين السابقين.

٣ـ السبب: كدرجة القرابة في قياس الخالة على الخال، والاستعجال في الوصول إلى الهدف قبل أوانه في قياس الموصى له القاتل الموصي على الوارث القاتل لمورثة.

٤ـ الحكم: وهو استحقاق الخالة للميراث في المثال الأول وحرمان الموصى له القاتل من وصية الموصي المقتول.

وقد استعمل علماء أصول الفقه في باب القياس تعبير العلة بدلاً من السبب، وهذا خطأ شائع للأسباب الآتية.

١ـ **الخلط بين السبب والعلة.** رغم اختلافهما في الحقيقة، لأنه لا يجوز أن يراد بالعلة في القياس العلة الفاعلة، لأن العلة الفاعلة لجميع الأحكام الشرعية المنصوص عليها وغير المنصوص عليها، عبارة عن ذات الله سبحانه وتعالى، كما نصّ على ذلك القرآن الكريم ﴿**إن الحكم إلا لله**﴾[1]. إذن يجب حمل العلة في القياس على العلة الغائية أي النتيجة، والعلة الغائية متأخرة عن الحكم وتنفيذه، في حين أن السبب يتقدم على الحكم وتنفيذه، فهما متباينان، فلا يُستعمل أحدهما بدلاً من الآخر .

٢ـ تعبير (العلة) لم يرد لا في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية ولا في كلام الخلفاء الراشدين وسائر الصحابة، لأن هذا التعبير انتقل إلى العالم العربي والإسلامي بعد ترجمة المنطق والفلسفة من اللغة اليونانية إلى اللغة العربية، والعلة في الفلسفة

---

[1] الانعام/٥٧

اليونانية، كما قال أرسطو،[1] تنقسم إلى أربعة أقسام:

١ـ العلة الفاعلة: وهي التي تتولى إيجاد الشيء المعلول.

٢ـ العلة المادية: وهي عبارة عن المواد الأولية للمعلول.

٣ـ العلة الصورية: وهي الهيأة التي تحصل للمعلول بعد إكتماله.

٤ـ العلة الغائية: وهي الوظيفة المقصودة من المعلول بعد إكتماله.

وعلى سبيل المثل، في صنع منضدة، تكون العلة الفاعلة عبارة عن النجار الذي يتولى صنعها، والعلة المادية هي الخشب مثلا، مع المواد الأخرى المستعملة معه، كالمسمار ونحوه، والعلة الصُورية عبارة عن الهيأة التي تحصل للمنضدة بعد إكمالها، والعلة الغائية هي الوظيفة التي تُستعمل المنضدة لأجلها، كالكتابة عليها أو وضع شيء آخر عليها، كالطعام والجهاز الميكانيكي، مثل الكومبيوتر ونحو ذلك.

ويتبين لنا مما ذكرنا أن العلة الغائية هي متأخرة عن العلل الثلاث الأُخر.

وإذا رجعنا إلى الأحكام الشرعية، نجد أن العلة الفاعلة عبارة عن الشارع (الله جل جلاله)، والعلة المادية عبارة عن الحروف والكلمات المستعملة في النصوص، والعلة الصورية عبارة عن تركيب تلك الحروف والكلمات لصياغة النص الشرعي المصدر للحكم، والعلة الغائية للأحكام الشرعية بالنسبة للشارع تُسمى المقصد، وبالنسبة للإنسان تُسمى المصلحة. فتعبير العلة أينما ورد في كتب أصول الفقه ليس في محله، أللهم إلا إذا أُريد بالعلة الحكمة، وهي العلة الغائية. وهذه الحكمة في قياس الموصى له القاتل على الوارث القاتل، هي حماية أرواح الأبرياء، وفي قياس الخالة على الخال، حماية مصلحة الخالة، وهذا ما قلّ في استعمالات العلة في باب القياس وغيره .

وكثيراً ما أطلق علماء أصول الفقه العلة على السبب، وعلى سبيل المثل قال الغزالي (رحمه الله)[2] السرقة علة لقطع اليد، مع أنها سبب، والعلة حماية الأموال، وقال الزنا علة للجلد، مع أن الزنا سبب له، والعلة هي حماية الأعراض، وهكذا.

ولذا اقترح تبديل تعبير العلة أينما ورد في المراجع الأصولية بالسبب، اذا لم يُقصد بهذه العلة العلة الغائية، أي الحكمة المتوخاة من تنفيذ الحكم الشرعي. وبناء على ما ذكرنا

---

(١) الموسوعة الفلسفية المختصرة ص٣٤ وهذا التقسيم الرباعي من ابداع ارسطو (٤٨٣ ـ ٣٢١ ق.م)

(٢) المستصفى ٣٣٤

واستبعاداً للخلاف في حجيته، أقترح أن يُعرف القياس بانه **إرجاع الجزئيات إلى الكليات المعقولة المعاني أي التي يُدرك العقل غاياتها ومقاصدها**. والاستحسان عكس القياس، وهو استثناء الجزئيات من الكليات لمبرر، كما سيأتي.

أنواع القياس:

ينقسم القياس التقليدي من حيث قوة سببه إلى القياس الجلي والقياس المساوي والقياس الخفي:

أ ـ **القياس الجلي**: هو أن يكون السبب في المقيس أقوى منه في المقيس عليه، كقياس ضرب الوالدين على التأفيف المنهي عنه في قوله تعالى **﴿فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ﴾**[1]، فالسبب وهو إيذاء قلوب الوالدين في الضرب اقوى منه في التأفيف، وعلة التحريم مخالفة إطاعة الوالدين المأمور بها .

ب ـ **القياس المساوي**:[2] وهو أن يكون السبب متساوياً في كل من المقيس والمقيس عليه، كقياس حرق مال اليتيم على أكله المنصوص على تحريمه في قوله تعالى **﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً﴾**[3] وسبب التحريم هو الضرر الذي يلحق باليتيم، وضرر الإتلاف بالأكل وضرر الإتلاف بالإحراق متساويان. وعلة التحريم حماية أموال اليتامى .

ج ـ **القياس الخفي أو القياس الأدنى**: كقياس من قال بجواز أن تتولى البنت البالغة العاقلة الرشيدة تزويج نفسها ممن تختاره شريكاً لحياتها بدون إذن وليها، قياساً على تصرفها في مالها الخاص .

ومن الواضح أن الحق الخاص للبنت المذكورة بالتصرف في نفسها، أضعف بكثير من حقها الخاص في التصرف بمالها، لأن التصرف الأول إذا لم يكن في مكانه يُسئ سمعة أسرتها، وقد يتحطم مستقبلها وهي لا تدري، ذلك حين تقع في مصيدة حيّالٍ خادع.

---

(1) سورة الاسراء/٢٣

(2) وتعريف ابن السبكي (رحمه الله) في كتابه جمع الجوامع ينحصر في القياس المساوي حيث عرفه بأنه (حمل معلوم على معلوم لمساواته في علة حكمه عند الحامل) جمع الجوامع ١٢٩/٢. ولم يفهم البعض انتقاداتي لأبن السبكي في كتابي (أخطاء أصولية لإبن السبكي في كتابه جمع الجوامع) لضعفهم الذهني في اصول الفقه.

(3) سورة النساء/١٠

والسبب في هذا القياس هو الحق الخاص مع التفاوت المذكور، والعلة هي مصلحة البنت على حد زعمها .

رابعاً: الاستحسان:

الاستحسان عبارة عن عملية اجتهادية عقلية تستهدف ترجيح العمل بدليل الحكم الاستثنائي على العمل بدليل الحكم الأصلي في واقعة معينة، اذا وجده المجتهد احسن بمعيار شرعي. وبتعبير آخر استثناء بعض الجزئيات عن كلياتها لمبرر.

وتدل على مشروعية هذا المصدر الكاشف آيات في القرآن الكريم منها قوله تعالى ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[١] ففي هذه الآية الكريمة أصلٌ واستثناءٌ، فالأصل تحريم أكل الميتة والدم ولحم الخنزير، لما في ذلك من مضرّة صحيّة بالنسبة للآكل، ولكن هذا الأصل يُعمل به في الظروف الاعتيادية، أما في الظروف الاستثنائية كضرورة إنقاذ الحياة في حالة الجوع وعدم التمكن من الحصول على غذاء آخر، يتحول التحريم إلى الإباحة، استثناءً من الأصل المذكور. وقد اخطأ من اعتبر هذا من باب الاستحسان بالنص، لأن الاستحسان لا يُنظر إليه في حالة وجود النص، لكن هذه الآية وأمثالها دليل على مشروعية استثناء بعض الحالات من القاعدة الأصلية. ومن الأمثلة القانونية تخصيص مرتب لأسر شهداء الحجارة الفلسطينيين من قبل الحكومة العراقية، تضامناً مع الشعب الفلسطيني في نضالهم ضد الدولة الغازية، وتخصيص هذا المرتب استثناء من القاعدة القانونية، التي تقضي بان مرتب التقاعد لا يكون إلا لعراقيّ أكمل خدمة فعلية مدنية أو عسكرية، مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة .

ومن تطبيقات فكرة الاستحسان في أقضية الخلفاء الراشدين :

أ ـ عدم تطبيق عقوبة السرقة على من يلجأ إليها لإنقاذ حياته من الموت في حالة الفقر أو وجود المجاعة في البلد.[٢]

ب ـ القضاء بميراث الزوجة المطلقة البائنة إذا طلقها زوجها في مرض الموت، رغم انقطاع الصلة الزوجية بين الزوجين بالطلاق البائن، وذلك معاملة للزوج المريض بنقيض

---

[١] سورة البقرة/ ١٧٣

[٢] وقد قضى بذلك سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ . يُنظر مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد. ص٢٠٢.

قصده السيء وهو حرمانها من التركة،[1] استثناءً من قاعدة عدم التوارث بين الزوجين إذا حصلت الفرقة بينهما بالطلاق البائن قبل الوفاة.

وقد أخطأ البعض[2] في تعريف الاستحسان بأنه (عدول من القياس الجلي إلى القياس الخفي)، كما أخطأ من انتقد الاستحسان لعدم تعريفه بما يبين ماهيته بصورة صحيحة.

خامساً: المصلحة:

المصلحة شرعاً: عبارة عن منفعة مادية أو معنوية، دنيوية أو أخروية، يجنيها المكلف من عمله بما هو واجب أو مندوب أو مباح، ودرء مفسدة مستدفعة بالامتناع عن العمل بما هو محرم أو مكروه.

والمصلحة ترادف الحكمة المقصودة من تشريع الحكم من الشارع، والباعث الدافع إلى تنفيذه من المكلف. وقد حصر القرآن الكريم وظيفة الرسالة المحمدية في المصلحة البشرية في قوله تعالى ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ والرحمة بمعنى المصلحة، و(ما) للنفس، واستثناء المنفي للحصر، كما في (لا إله إلا الله).

أقسام المصلحة من حيث الاعتبار:

تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: المصلحة المعتبرة: وهي التي نصّ الشارع على اعتبارها ورعايتها، وأجمع فقهاء الشريعة على جواز بناء الأحكام عليها، وهي تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: المصالح الضرورية: كحماية الدين والحياة والعرض والمال والعقل .

النوع الثاني: المصالح الحاجية: وهي المصالح التي يحتاج إليها الإنسان لرفع المشقة ورفع الحرج والضيق، كالتداوي لحماية الصحة، والمعاملات المالية لحماية الحياة، وإعداد المعدات العسكرية بأنواعها كافة لاستخدامها في الدفاع الشرعي في حالة التعرض لاعتداء المعتدي، وتحريم صنع المسكرات وزرع المخدرات لحماية العقول.

النوع الثالث: المصالح التحسينية: كالقيم والأخلاق والالتزام بالنظام العام والآداب العامة.

---

[1] وقد قضى بذلك سيدنا عثمان بن عفان ﷺ . المرجع السابق.

[2] كأستاذنا الدكتور عبدالكريم زيدان في كتابه الوجيز في أصول الفقه.

وجدير بالذكر أن علماء اصول الفقه لم يُقدموا لنا معياراً علمياً موضوعياً للتقسيم إلى هذه الأنواع، لأن الضروريات والحاجيات والتحسينيات تتطور حسب مستلزمات الحياة، فرب حاجيٍّ اليوم يُصبح ضرورياً غداً، كما تُصبح المصلحة التحسينية إلى الحاجية أو الضرورية.

القسم الثاني: المصالح غير المعتبرة:

وهي المصالح التي أبطل الشارع اعتبارها وحرّم محاولة اكتسابها، كمصلحة المرابي في أخذ الفائدة على قرضه للناس، ومصلحة الغشاش في بيع المال الرديء بسعر الجيد، ومصلحة الغاصب في الانتفاع بالمال المغصوب، وهكذا.

وهناك **قسم ثالث تقليدي** عند علماء أصول الفقه، وهو يرجع إما إلى المصالح المعتبرة أو إلى المصالح غير المعتبرة، وهي تسمى المصالح المرسلة (أو المطلقة)، وقد اعتبرها علماء أصول الفقه قسماً ثالثاً مستقلاً للمصلحة. ولكن في نظرنا، هذا التقسيم الثلاثي تأباه روح الشريعة الإسلامية، لأن المصلحة المرسلة التي تُعرّف بانها مصلحة لم يرد نص على اعتبارها ولا على عدم اعتبارها، إما ترجع إلى المصالح المعتبرة فلها حكمها، أو المصالح غير المعتبرة وتسري عليها أحكامها، من حيث النفع والضرر، والجواز وعدم الجواز. إضافة إلى ذلك فانه لا يوجد في شرع الله مصلحة يجهلها الشارع، كما يجهلها الإنسان، من المصالح التي تحدث في المستقبل نتيجة تطورات ومتغيرات الحياة البشرية، فلا يوجد مثل هذا الإرسال في علم الله وشرعه، والشرع مبني على علم الله بالماضي والحاضر والمستقبل، لا كعلم الإنسان الذي لا يحيط بالمستقبل.

وجدير بالذكر أن العمل بالقياس والاستحسان وسائر المصادر العقلية، يرجع في الواقع ونفس الأمر إلى العمل بالمصلحة كجلب نفع أو درء مضرة.[1]

سادساً: الذرائع سدها وفتحها:

الذريعة في اصطلاح الأصوليين هي إعطاء الوسائل حكم غايتها، فالوسائل التي تكون غايتها مشروعة، تُفتح أبوابها أمام الناس. أما الوسائل التي تؤدي إلى غايات مضرة فاسدة، أو كانت مفاسدها تساوي مصالحها، أو تزيد عليها، فإنها تُسد أبوابها وتمنع مزاولتها، وهي تنقسم إلى الأقسام الأربعة الآتية:

---

(1) لمزيد من التفصيل ينظر مؤلفنا اصول الفقه في نسيجه الجديد ١/١٤٠ وما يليها

القسم الأول: وسائل مشروعة تؤدي إلى تحقيق غايات مشروعة: فهي تُبنى عليها الأحكام الشرعية والقانونية بلا خلاف، ومن تطبيقاتها :

أ ـ تحديد ملكية الأراضي الزراعية وتنظيم الريّ وتقديم العون إلى كل من يستثمر الأراضي الزراعية وتوفير الوسائل الحديثة للحرث والسقي، وذلك لغرض تطوير المنتوجات والمحصولات الزراعية كماً وكيفاً.

ب ـ بناء القرى العصرية في الأرياف وتوفير الخدمات الصحية والاجتماعية والثقافية، لغرض تشجيع الهجرة المعاكسة أي من المدن إلى القرى والأرياف.

ج ـ توزيع الجوائز على المتفوقين من الطلبة لغرض التشجيع على المنافسات والمسابقات العلمية والتقدم الثقافي في البلد.

وهذه الوسائل وأمثالها يجب على الدولة فتح أبوابها والقيام بتأمين متطلباتها .

القسم الثاني: وسائل غير مشروعة يُتوصل بها إلى غايات غير مشروعة: كفتح المحلات العامة لتعاطي المسكرات والمخدرات ولعب القمار، وكصنع أسلحة الدمار الشامل لغرض استخدامها في الاعتداء على الغير، فهذه الوسائل وأمثالها يجب سدها من قبل الدول واستخدام كافة الطرق لمكافحتها.

القسم الثالث: الوسائل غير مشروعة في ذاتها ولكنها مشروعة في غاياتها: فالعقوبات التي يحكم بها القضاء على الجناة، هي في حد ذاتها مضرة، وكل مضرة مُحرّمة غالباً، ولكن أجمعت الشرائع الالهية، واتفقت القوانين الجنائية البشرية، على مشروعية عقوبة الجاني، رغم وجود ضرر نفسه وزوجته وأولاده وبلده وغيرهم. وذلك لغاية مشروعة وهي حماية أرواح الناس وأعراضهم وأموالهم وأمنهم واستقرارهم.

القسم الرابع: الذرائع المشروعة في ذاتها وغير المشروعة في غاياتها: وعلى سبيل المثل شراء السلاح للحماية والدفاع عن النفس والمال والعرض، عمل مشروع بل واجب. أما شراؤه لغرض الاعتداء على الناس بدون مبرر فهو محرم، وزرع العنب لغرض توفير الفواكه للناس عمل مشروع ومحبب، ولكن لغرض تحويل العنب إلى الخمر عمل غير مشروع يجب منعه، والهدية أو الهبة عمل مشروع ومحبذ في ذاتها، لكن من وهب مالاً لامرأة لغرض بناء علاقة غير مشروعة معها، فالهبة باطلة ومحرمة.

ونستنتج من هذا العرض أن كل ما يؤدي إلى غرض مشروع يجب تشجيعه وفتح الباب لممارسته، ما لم تكن مفسدة هذا العمل مساويه لمنفعة الضرر أو اكثر منها، والا فتجب مكافحة تلك الوسيلة.

سابعا: الاستصحاب:

تعريفه، أنواعه

تعريفه:

وهو لغة مأخوذ من المصاحبة.

وفي اصطلاح الأصوليين عُرف بتعريفات متعددة لا فائدة في استعراضها[1]، ومناقشتها لما في ذلك من ضياع الوقت بدون الخروج إلى نتيجة مثمرة.

والتعريف المختار: هو أن (الاستصحاب استدامة حكم سابق في زمان لاحق على أساس عدم ثبوت مُزيله).

وهذا الأصل من أصول الفقه الإسلامي، رغم أهميته من الناحية العملية والقضائية، لم يحظ ببحث واضح وافٍ، فالقدماء من الأصوليين بحثوه بأسلوب فلسفي عميق يتّسم بطابع الخلاف في حجيته وبالتالي عدم أهميته، والباحثون في العصر الحديث لم يأتوا بجديد من الناحية الموضوعية والشكلية، بل اقتصرت جهودهم على ترديد ما قيل وعلى استعراض الخلافات الأصولية في هذا الأصل، دون تقديم نتيجة واضحة تفيد القاضي أو المفتي أو الباحث القانوني حين الاستناد إليه في الأحكام، لذا حاولت استعراضه في نسيج جديد بعيد عن الخلافات العقيمة في جميع أنواعه.

أنواع الاستصحاب

سبق أن بينا أن المصادر التبعية الكاشفة النقلية والعقلية، إنما هي أصول استنباط يستعين بها الفقيه والقاضي على اكتشاف الأحكام من مصادرها الأصلية، والاستصحاب الذي هو أصلٌ من هذه الأصول، كما ذكرنا في تعريفه، عملية اجتهادية عقلية، غايتها العمل بالحكم السابق في الزمن اللاحق، لعدم توافر ما يدل على تغييره[2].

---

[1] لمزيد من التفصيل يراجع اصول السرخسي (٢/٢٢٣)، شرح تنقيح الفصول للقرافي ص٤٤٧، جمع الجوامع وشرحه (٢/٢٢٢).

[2] لمزيد من التفصيل يراجع إبن ملَك في شرح المنار، ص٧٩٥.

وينقسم الاستصحاب باعتبار أساسه[١] إلى الأنواع الأربعة التالية:

النوع الأول: استصحاب الإباحة الأصلية للأشياء النافعة للإنسان: والإباحة أحد أنواع الأحكام التكليفية الخمسة للحكم التكليفي، ومصدرها ليس الاستصحاب، كما زعم البعض، ولا العقل، كما ظن الأخرون[٢]، وإنما هو القرآن الكريم، وقد نص على حكم مُمثلٍ بالإباحة في آيات كثيرة منها:

أ- قوله تعالى ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً ﴾[٣].

ب- وقوله تعالى ﴿وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً مِّنْهُ﴾[٤].

وجه الدلالة: إن اللام في قوله تعالى (لكم) في هاتين الآيتين وغيرهما للمنفعة والمصلحة، لان اللام في اللغة العربية تُستعمل فيما فيه نفع للإنسان، كما أن حرف (على) تُستعمل فيما فيه ضرر للإنسان، وهذا الفرق بين الحرفين واضح في قوله تعالى ﴿ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ﴾[٥]، ولأن لفظة (ما) في الآيتين اسم موصول ومن صيغ العموم، إضافة إلى تأكيد هذا العموم بلفظ (جميع) في كلتا الآيتين.

والنتيجة الحتمية لمضمون الآيتين المذكورتين أن جميع الأشياء النافعة في الأرض والسماء خُلقت وسُخرت لمصلحة ومنفعة الإنسان، وبعد ثبوت هذه الدلالة الواضحة، فلا يمكن أن يُقال أن الأشياء المخلوقة والمسخرة لنفع الإنسان المأذون له بالانتفاع بها، محظورة ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل شرعي آخر.

وعلى هذا الأساس فإن للإنسان في كل مكان وزمان أن يستثمر الأراضي الزراعية غير المملوكة ملكية خاصة أو عامة، لشخص طبيعي أو معنوي، وله أن ينتفع

---

[١] لا نجد في المراجع الاصولية معياراً موضوعياً لتقسيم الاستصحاب الى أنواعه، وكل قسمة لابد فيها من وضع معيار دقيق. فقسمه إبن القيم الى ثلاثة: استصحاب البراءة الاصلية، واستصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه، واستصحاب حكم الإجماع في محل النزاع. وقسمه صاحب (جمع الجوامع) الى استصحاب العدم الاصلي، واستصحاب العموم او النص، واستصحاب ما دل الشرع على ثبوته، وهكذا هناك كثير من التقسيمات لا مجال لذكرها والتعليق عليها.

[٢] كالفتوحي، شرح الكوكب المنير، ص٣٨٣. جمع الجوامع وشرحه ٢٢١/٢، إرشاد الفحول، ص٢٣٧.

[٣] سورة البقرة /٢٩.

[٤] سورة الجاثية/ ١٣.

[٥] سورة البقرة/ ٢٨٦.

بالمراعي والغابات ومقالع الأحجار، وله أن يصيد الطيور والحيوانات الجبلية والصحراوية والبحرية، كل ذلك اذا لم يكن هناك محظور شرعي أو قانوني، والدليل على إباحتها هو النص، وحكمة الحكم هي أنها مخلوقة لأجل أن ينتفع بها الإنسان، فهي مشتركة بين الناس على أساس الإباحة الأصلية، لا على أساس الشيوعية كما زعم البعض، والفرق بينهما واضح: فالشيوعية تكون بعد الملكية، والإباحة الأصلية إنما هي قبل الملكية.

النوع الثاني: استصحاب حكم البراءة الأصلية: من الواضح أن الإنسان يولد وذمته بريئة من كل التزامات مدنية وجنائية، وله قبل ولادته أهلية الوجوب الناقصة (الصلاحية لأن يكون له بعض الحقوق)، ويكتسب بعد الولادة أهلية الوجوب الكاملة (له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات المالية)[1]، ومع ذلك فإن الأصل هو براءة ذمته من جميع الالتزامات المدنية والجنائية، وينظر إلى هذا الأصل بعد دخوله سن الرشد، وحتى بعد ارتكابه مصدراً من مصادر الالتزامات الجنائية، وبعد تصرفاته التي هي مصدر الالتزامات المدنية، ولكن دور هذا الأصل يقتصر على الاستدلال بالوجود السابق للحكم على استمراره في الزمن اللاحق قبل توافر ما يدل على تغييره.

وأما مصدر حكم البراءة الأصلية فهو القرآن والسنة النبوية وتؤكدهما القواعد الفقهية الكلية والعقل السليم:

١- **القرآن** : نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على براءة ذمة الإنسان من الالتزامات الجنائية وعدم مسؤوليته، حتى بعد ارتكاب الجريمة، ما لم يكن مُبلغاً بنصوص التجريم والعقاب، لأن القرآن أولى شريعة أقرّت مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، ومن تلك الآيات:

أ- قوله تعالى ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾[2].

ب- قوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً﴾[1].

---

[1] كالزكاة عند من يقول بوجوبها في اموال القاصر، وكالضرائب في القانون ونفقة من تجب نفقته على القاصر، وتعويض إتلافه لمال الغير، لكن جميع هذه الالتزامات عارضة لا تثبت الا بدليل شرعي، لإن الاصل براءة الذمة.

[2] سورة الاسراء/ ١٥.

جـ- قوله تعالى ﴿وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُم بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولاً فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ مِن قَبْلِ أَن نَّذِلَّ وَنَخْزَى﴾[٢].

وغير ذلك من الآيات الدالة على مبدأ: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

٢ - السنة النبوية : من تتبع المراجع المعتمدة من كتب الاحاديث النبوية، وجد كثيراً من أفعال وأقوال الرسول ﷺ تدل صراحة على البراءة الأصلية لذمة الإنسان، وعلى استصحابها للأزمنة اللاحقة، ما لم يثبت خلاف ذلك، منها:

أ- قوله ﷺ : (أدرأوا الحدود بالشبهات)[٣].

ب- قوله ﷺ : (لو كنت راجماً أحداً بغير بيّنة رجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقها وهيأتها ومن يدخل عليها)[٤].

جـ-قوله ﷺ : (البينة على من ادعى[٥] واليمين على من انكر)[٦].

وغير ذلك من الاحاديث التي تدل صراحة على اعتبار البراءة الأصلية، وبصورة خاصة في جرائم الحدود.

٣- القواعد الفقهية الكلية : وضع فقهاء الشريعة قواعد فقهية كلية استنبطوها من القواعد الشرعية الواردة في القرآن والسنة واتفقوا على اعتبارها والعمل بمقتضاها، وهي تدل صراحة على حكم البراءة الأصلية واستصحاب هذا الحكم بالنسبة للأزمنة اللاحقة ما لم يثبت خلاف ذلك، ومن تلك القواعد:

أ- الأصل بقاء ما كان على ما كان[٧].

ب- القديم يترك على قدمه[٨].

---

[١] سورة القصص/ ٥٩.

[٢] سورة طه/ ١٣٤.

[٣] نيل الاوطار ١٩/٧.

[٤] اخرجه مسلم، كتاب اللعان. صحيح مسلم بشرح النووي ٣٨٤/١٠.

[٥] لانه يدعي خلاف الاصل.

[٦] لانه ينكر ما هو خلاف الاصل ويتفق مع ما هو الاصل. اخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الاقضية، باب اليمين على المدعى عليه، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٤٣/١٢.

[٧] مجلة الاحكام العدلية، م٥.

[٨] المجلة، م٦.

ج- الأصل في الصفات العارضة العدم[1].

د- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه[2].

٤- **العقل السليم** : يقضي العقل السليم بأن كل حادث مسبوق بالعدم، لأن الحادث يعني الوجود بعد العدم، ومن الواضح أن التهم التي توجّه إلى الإنسان، وأن مطالبته بالالتزامات المدنية والجنائية وأسبابها ومصادرها، كلها أمور مستحدثة وجدت بعد أن لم تكن، فعليه تكون ذمة الإنسان بريئة منها، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل البيّنة، وعلى من ينكرها اليمين لأنه مع الأصل.

ونستنتج مما ذكرنا ما يلي:

أولاً- دليل البراءة الأصلية ليس العقل وحده، كما زعم البعض[3]، وإنما الشرع أولا ثم العقل السليم.

ثانياً- الإنسان الذي عاش قبل البعثة وإرسال الرسل وإنزال الكتب، والذي يعيش الآن في منطقة نائية بعيداً عن فهم الأحكام الإلهية إتجاه ربه واتجاه بني نوعه، لا يُسأل عنها لا في الدنيا ولا في الآخرة، لا مساءلة مدنية ولا جنائية، لأن الأصل براءة الذمة، ويبقى هذا الأصل يعيش معه إلى أن يثبت خلاف ذلك، وتكليفه ومساءلته قبل الفهم أمر يتعارض مع قوله تعالى **﴿لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا لَهَا﴾**[4]، وأما ما ذهب إليه المعتزلة من إقرار مسؤولية الإنسان على أساس التحسين والتقبيح العقليين لتصرفات الإنسان، يصطدم مع الأدلة المذكورة.

النوع الثالث: استصحاب الحكم الثابت بدليل شرعي : إذا ثبت حكم شرعي بدليل شرعي في زمن من الأزمنة، على القاضي أن يعتبر الحكم لا يزال مستمراً في الأزمنة اللاحقة، ما لم يثبت لديه خلاف ذلك، لأن الشرع كما أمر بأصل الحكم، كذلك أمر باستمراريته، بدليل أن الزواج المؤقت باطل (مثلا).

---

[1] المجلة، م٩.

[2] المجلة، م١٠.

[3] لمزيد من التفصيل يراجع الفتوحي، شرح الكوكب المنير، ص٣٨٢.

[4] سورة البقرة/ ٢٨٦.

ومن تطبيقات هذا النوع ما يلي:

أ- اذا رفعت إمرأة متزوجة سابقاً، طلباً إلى القضاء طالبة تزويجها من رجل آخر، على القاضي عدم قبول الطلب حتى تثبت بالبيّنة الشرعية الفُرقة بينها وبين زوجها السابق بالطلاق أو الوفاة، إضافة إلى إثبات انتهاء عدتها من هذه الفرقة[1].

ب- اذا ثبتت ملكية مال منقول أو عقار لشخص طبيعي أو معنوي، بسبب من أسباب كسب الملكية الشرعية، كالشراء والوصية والميراث والهبة والاستيلاء على الأموال المباحة بالطريقة الشرعية، أو غير ذلك، ثم ادعى شخص أخر ملكية هذا المال، على القاضي ردّ الدعوى واعتباره أنه لا يزال مملوكاً لمالكه الأصلي، لأنه ثبت بدليل شرعي، ولا يزول إلا بدليل شرعي آخر لاحق، إلا اذا أثبت المدعي دعواه بالبيّنة الشرعية.

ج- المدين الذي تنشغل ذمته بحق للغير، إذا ادعى أنه قد أوفى التزامه أو انقضى هذا الالتزام لسبب من أسبابه، على القاضي عدم قبول الدعوى، ما لم يثبت بالبينة وفاء الالتزام أو انقضاءه، لأنه يدعي خلاف الأصل الذي هو بقاء الانشغال بالدين، ويكفي بالنسبة للدائن المنكِر للوفاء أو الانقضاء اليمين، لأنه مع الأصل.

النوع الرابع: استصحاب صفة معتبرة في الحكم: اذا كان لشيء واحد صفتان: إحداهما أصلية ولها صلة بالحكم وجوداً وعدماً، والأخرى عرضية، على القاضي أن يحكم على هذا الشيء في ضوء صفته الأصلية استصحاباً لها، ما لم يثبت لديه تحقق الصفة العارضة، وذلك وفقاً للقواعد العامة ومنها: (الأصل في الصفات العارضة العدم)[2].

والصفات الأصلية هي الحالات التي تكون موجودة عند وجود موصوفاتها ولازمة لها لذاتها، كسلامة المبيع من العيوب، فالأصل في كل مبيع أو محل عقد، السلامة، لأن العيب صفة عرضية تطرأ بعد السلامة.

وعلى هذا الأساس اذا حصل الخلاف بين المتعاقدين، فادعى المشتري أن العيب قديم حدث قبل القبض، فهو يُبرر له فسخ العقد بخيار العيب، وأنكره البائع وادعى أن

---

[1] لمزيد من التفصيل يراجع قواعد الزركشي ١/٣٠٥.

[2] المجلة، م٩.

العيب حدث بعد القبض، فلا يُسمح له بالفسخ، استناداً إلى هذا العيب، فعلى القاضي أن يطلب من المشتري البيّنة على حدوث العيب قبل القبض، لأنه يدعي خلاف الأصل، فإذا لم يستطع، فله توجيه اليمين إلى البائع المنكِر لدعوى المشتري، ذلك لأنه مع الأصل.

ومن صور هذا النوع :

أ- **استصحاب صفة العموم:** في النص العام العموم صفة أصلية له، فالأصل في كل نص شرعي أو قانوني، اذا كان عاماً هو العموم، وتخصيصه بدليل، صفة عارضة له، وعلى هذا الأساس على القاضي حين تطبيقه، أن يلتزم بعمومه استصحاباً له،[1] ما لم يثبت لديه دليل مخصص[2].

ب- **استصحاب صفة الإطلاق:** في النص المطلق صفة الإطلاق أصلية، وصفة التقييد عارضة، فعلى القاضي حين التطبيق أن يُحمله على إطلاقه استصحاباً، ما لم يثبت له دليل يقيده.

ج- **استصحاب المعنى الحقيقي:** في اللفظ الموضوع لمعنى لغوي أو شرعي أو قانوني أو عرفي الحقيقة (استعماله في معناه الموضوع له) صفة أصلية، وعلى القاضي حين تفسير النصوص والعقود، حمل الألفاظ الواردة فيها على معانيها الحقيقية استصحاباً، ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك.

د- **استصحاب اليقين:** في المفقود (وهو الغائب الذي لا يُعرف مصيره من حياة أو ممات)، الحياة صفة أصليه له والوفاة صفة عرضية، إضافة إلى ذلك فإن حياته يقينية ووفاته مشكوك فيه، فإذا تعارض اليقين والشك، يُقدم الأول وفقاً للقاعدة الفقهية العامة: (اليقين لا يزول بالشك)[3]، وعلى أساس استصحاب اليقين (أو الأصل الذي هو بقاء الحياة)، لا توزع تركته ولا تتزوج زوجته ولا تنتهي عقوده

---

[1] ولا يكلف المجتهد والقاضي بالبحث عن المخصِّص (أو البحث عن المقيِّد) سواء كانت دلالة العام على العموم (وكذا دلالة المطلق على الإطلاق) قطعية -كما هو مذهب الحنفية- أو دلالتهما ظنية -كما هو مذهب الجمهور- لأن كلاً من العموم والإطلاق صفة أصلية ولا يعدل عن الأصل إلاّ بدليل. ينظر مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد.

[2] لمزيد من التفصيل يراجع جمع الجوامع وشرحه ٢٢١/٢.

[3] المجلة، م٤.

التي تنتهي بالوفاة، ولا تتضعضع مراكز حقوقه والتزاماته بالشك في وفاته، لأن اليقين لا يزول بالشك[1].

الاستنتاج:

ما شاع في المراجع الأصولية من الخلاف في حجية الاستصحاب، ليس صحيحاً على إطلاقه، حيث لا يوجد اختلاف يُعتد به في الأنواع الثلاثة الأولى، ولا في بعض صور النوع الرابع، كما تبين ذلك من عرضنا السابق، وإنما الخلاف في بعض صور النوع الرابع وبصورة خاصة في أحكام المفقود .

ثامنا: قول الصحابي:

الصحابي كل من لقي النبيّ وآمن به ولازمه فترة زمنية، بحيث يُطلق عليه عرفاً اسم الصاحب، ومات مؤمناً.

اختلف الأصوليون والفقهاء في حجيته على النحو الآتي:

أ- إنه حجة مطلقاً، فإذا تعارض مع القياس يُعمل به لا بالقياس، لأنه من باب العمل بالسنة النبوية.[2]

ب- ليس بحجة مطلقاً، لأنهم رغم منزلتهم العلمية ومقامهم الرفيع، لم يكونوا معصومين. كما قال الإمام الغزالي (في كتابه المستصفى ص٢٤٣): "ذهب قوم إلى أن مذهب الصحابي حجة مطلقاً، وقوم إلى انه حجة إن خالف القياس، وقوم إلى أن الحجة في قول أبي بكر وعمر، وقوم إلى أن الحجة قول الخلفاء الراشدين إذا اتفقوا،

---

[1] اليقين: (اعتقاد وجود او عدم وجود الشيء الجازم الثابت المطابق للواقع) كالإعتقاد بان الله موجود وانه لا شريك له.

الظن: (هو التصور الراجح لوجود الشيء او عدمه) كتصور النجاح لدى الطالب المجتهد الذي استوعب ما يُتوقع ان يمتحن فيه مع التصور المرجوح لفشله.

قال الجرجاني، التعريفات، ص١٤٤ (الظن هو الإعتقاد الراجح مع إحتمال النقيض). و(الطرف المرجوح) يُسمى وهماً.

الشك: (هو التصور المتردد بين وجود الشيء وعدمه دون ترجيح أحدهما).

قال الجرجاني، التعريفات ١٢٨ (الشك هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لاحدهما على الاخر عند شك).

الجهل البسيط: (هو عدم العلم عما من شأنه ان يكون عالماً).

الجهل المركب: (عبارة عن اعتقاد جازم غير مطابق للواقع)، المرجع السابق، ص٨٠.

[2] الآمدي، الإحكام في اصول الأحكام، ١٩٥/٣.

والكل باطل عندنا، فان من يجوز عليه الغلط أو السهو، ولم تثبت عصمته عنهما، فلا حجة في قوله، فكيف يُحتج بقولهم مع جواز الخطأ؟ وكيف يُتصور عصمة قوم يجوز عليهم الاختلاف، وكيف يختلف المعصومان؟ وكيف وقد اتفقت الصحابة على جواز مخالفة الصحابة، فلم يُنكر أبو بكر على من خالفهم بالاجتهاد، فانتفاء الدليل على العصمة، ووقوع الاختلاف بينهم، وتصريحهم لجواز مخالفتهم، ثلاثة أدلة قاطعة أي على عدم حجية قول الصحابي". وقد ذكرنا سابقاً في كلام الغزالي ما يدل على عدم حجية مذهب غير الصحابي من باب أولى.

ج- قال البعض، ومنهم الشافعي رحمه الله: إنه حجة إذا انضم إليه قياس تقريب.[١]

د- حجة إن خالف القياس، وإلا فلا، لأن الظاهر في مثل هذه الحالة أن يكون ذلك من سماع الرسولﷺ، فهو من قبيل السنة، حيث لا يوجد له سوى السماع أو الكذب، والكذب عنهم منتفٍ، ثم إن مخالفتهم للقياس تُحمل غالباً على أنها كانت لنص اطّلع عليه الصحابي.[٢]

تقويم الآراء: الراجح في رأينا المتواضع هو أن قول الصحابي مصدر كاشف لحكم الله، وبوجه خاص إذا كان مجتهداً كالخلفاء الراشدين، ولكنه ليس مصدراً منشئاً، فلا يجوز للمفتي الإفتاء به ولا للقاضي القضاء به، ما لم يكن قوله معززاً بآية قرآنية أو سنة نبوية.

ومن تطبيقات أقوال الصحابة:

أ- قتل الجماعة بواحد: إذا اشترك أكثر من واحد في قتل شخص واحد، يؤخذ القصاص من الكل، إذا توافرت أركانه وشروطه. لأنه موافق لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾[٣].

ب- تضمين الأجير المشترك، رغم أن يده يد أمانةٍ، كما أفتى بذلك سيدنا علي بن أبي طالبؓ، لأنه يندرج تحت عموم قول الرسولﷺ (لا ضرر ولا ضرار).

---

[١] يُنظر جمع الجوامع، ٢/٢٣٥.

[٢] المسودة في أصول الفقه الحنبلي، لآل التيمية، ص٣٣٦ وما بعدها.
التبصرة في أصول الفقه، لأبي اسحاق الشيرازي، ص٣٩٥ وما بعدها.

[٣] سورة البقرة ١٧٨.

ج- عدة المتوفى عنها زوجها أبعد الأجلين، وهو قول ابن عباس[1].قال أبن عباس وعلي بن أبي طالب (رضي الله عنهما)في أحدى الروايتين عنه (إن عدة المتوفى عنها زوجها الحامل أقصى الأجلين من أربعة اشهر وعشرة أيام وفق قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾[2]، ومن وضع الحمل طبقاً لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[3].

وهذا الرأي هو الراجح، لأنه يتفق مع الجمع بين الآيتين المذكورتين، وقد أخذ به المشرع العراقي[4].

تاسعاً: شرع من قبلنا:

أي أحكام الله للأمم السابقة التي نزلت على الأنبياء والرسل، عليهم الصلاة والسلام.

وهذا الأصل من الأصول المختلف فيها، وأهم ما قيل فيه الآراء الأربعة الآتية:

الرأي الأول: إن ما كان شريعة لنبي سابق بات مؤيداً فيما يحتمل التأبيد، فيجب العمل به في كل زمان ومكان، باعتباره شريعة لذلك النبي، ما لم يظهر له ناسخ في الشرع الجديد، للأدلة الآتية:

أ- الأحكام الإلهية للأمم السابقة وردت مطلقة عن التوقيت والتحديد الزمني، وصفة الإطلاق في الشيء تقتضي تأبيده فيما يحتمل التأبيد، والتوقيت يكون زيادة فيه لا يجوز إثباته إلا بدليل، فما لم يثبت إلغاؤه بدليل في الشرع اللاحق، يبقى ملزماً للكل.

---

(١) في المنتقي، شرح الموطأ. ١٢٢/٤. سُئل عبد الله بن عباس وأبو هريرة عن المرأة الحامل يُتوفى عنها زوجها، فقال ابن عباس آخر الأجلين، وقال أبو هريرة إذا ولدت فقد حلت.. ويبدو أن ابن عباس نظر إلى الجمع بين الآيتين –آية الأشهر وآية وضع الحمل–ولم يعتبر الثانية مُخصصة للأولى، أما أبو هريرة فإنه استند إلى حديث سبيعة الأسلمية التي يُقال إن زوجها توفي ثم وضعت الحمل، ثم راجعت النبيﷺ فقال لها (قد حللتِ فانكحي من شئت)، رغمِ عدم انتهاء مدة أربعة اشهر وعشرة أيام.. ويقول الباجي في المرجع السابق ١٣٢/٤ (إن عليا ﷺ قال بما قال به ابن عباس).

(٢) سورة البقرة ٢٣٤.

(٣) سورة الطلاق ٤.

(٤) الرقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩ من م٣/٤٧ التي نصها (عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام للحائل، أما الحامل فتعتد بأبعد الأجلين من وضع الحمل والمدة المذكورة).

ب- رسول الشريعة السابقة لا يُجرد عن صفة الرسالة ببعث الرسول الذي يأتي بعده. وكذلك شريعته لا تفقد الالتزام بالشريعة اللاحقة، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك[1].

ج- القرآن اعتبر الإيمان بكافة الأنبياء والرسل وبكتبهم المقدسة جزءاً من متطلبات إيمان المؤمن في قوله تعالى: ﴿آمَنَ الرَّسُولُ بِمَا أُنزِلَ إِلَيْهِ مِن رَّبِّهِ وَالْمُؤْمِنُونَ كُلٌّ آمَنَ بِاللَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ﴾[2]، وهذا يدل على استمرارية الإلزام والالتزام بالنسبة لأحكام الشرائع السابقة، ما لم يثبت نسخها.

الرأي الثاني: إن شريعة كل نبي تنتهي ببعث نبي آخر يأتي بعده، فلا يجب العمل بأي حكم وارد فيها، ما لم يقم دليل من الشرع الجديد على بقائه[3]، للأسباب الآتية:

أ- مجيء الرسالة الجديدة دليل على أن الرسالة السابقة كانت مؤقتة بوقت حُدد انتهاؤه ببعث الرسول اللاحق.

ب- توافر أدلة كثيرة من الآيات القرآنية على أن لكل رسول شريعة خاصة به وبمن يُبعث إليهم، وان لكل أمة منهاجاً تنفرد به هي دون غيرها، ومن تلك الآيات قوله تعالى: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً﴾[4]، وقوله تعالى: ﴿وَآتَيْنَا مُوسَى الْكِتَابَ وَجَعَلْنَاهُ هُدًى لِّبَنِي إِسْرَائِيلَ أَلاَّ تَتَّخِذُواْ مِن دُونِي وَكِيلاً﴾[5].

---

(١) كالحكم السابق المنسوخ في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفُرٍ﴾ سورة الأنعام ١٤٦.

(٢) سورة البقرة ٢٨٥، كما في قوله تعالى: ﴿قُولُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلَ إِلَيْنَا وَمَا أُنزِلَ إِلَى إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ وَالأَسْبَاطِ وَمَا أُوتِيَ مُوسَى وَعِيسَى وَمَا أُوتِيَ النَّبِيُّونَ مِن رَّبِّهِمْ لا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِّنْهُمْ وَنَحْنُ لَهُ مُسْلِمُونَ﴾ سورة البقرة: ١٣٦.

(٣) كبقاء القصاص في الشريعة الإسلامية الذي فرض في التوراة، كما في قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ سورة المائدة ٤٥.

(٤) سورة المائدة ٤٨.

(٥) سورة الإسراء ٢

جـ- ظاهر الآيات القرآنية يدل على التزامنا بشريعة محمدﷺ دون غيرها، كما في قوله تعالى: ﴿مَّنْ يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿ إِنَّ الدِّينَ عِندَ اللَّهِ الإِسْلاَمُ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ الإِسْلاَمِ دِيناً فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾[3].

الرأي الثالث: ما ورد في القرآن والسنة ونقله إلينا أهل الكتاب أو رواه المسلمون من الكتب المقدسة السابقة من شرع من قبلنا شرع لنا، ونلتزم بالعمل بمقتضاه، ما لم يثبت نسخه باعتباره جزءاً من شريعتنا الإسلامية، لا لاعتباره من الشرائع السابقة.

الرأي الرابع: ما أقره القرآن والسنة من شرع من قبلنا يكون شرعاً لنا ونلتزم بالعمل به، باعتباره جزءاً من شريعتنا، أما ما نقله أهل الكتاب إلينا أو رواه المسلمون من الكتب السابقة، فلا يُعتد به لثبوت تحريف الكتب السابقة، واحتمال كون المنقول من جملة ما حرّفوه[4].

تقويم الآراء:

يجب التفريق بين شرع بمعنى الشريعة التي تُنظم الحياة الدنيوية، وبين شرع بمعنى الدين الذي يُنظم الحياة الأخروية. فالشرع بمعنى الشريعة لا يُعد شرعاً لنا ما لم يُقرّه القرآن الكريم، وأما الشرع بمعنى الدين، والاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع بذات الله وبما يتفرع عنه، فهو شرع لنا. كما يدل على ذلك القرآن الكريم في آيات منها ﴿ شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحاً وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ

---

(١) سورة النساء ٨٠.

(٢) سورة آل عمران ١٩.

(٣) سورة آل عمران ٨٥.

(٤) قد تبنى هذا الرأي فقهاء الحنفية وبنوا عليه أحكاماً منها:

أ- استدلال محمد الشيباني على جواز القسمة للماء بطريق المهايأة بقوله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ﴾ القمر ٢٨. وبقوله تعالى: ﴿قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ الشعراء ١٥٥.

ب- استدلال أبي يوسف على أن الرجل يؤخذ منه القصاص إذا قتل المرأة كما يؤخذ منها إذا قتلت الرجل بقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ المائدة ٤٥.

جـ-واستدلال الكرخي بالنص المذكور على أخذ القصاص من المسلم إذا قتل غير المسلم من أهل الكتاب بدون مبرر، راجع أصول السرخسي ٢/١٠ وما بعدها.

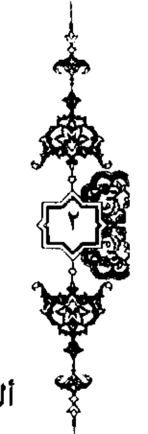
أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿ قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْاْ إِلَى كَلَمَةٍ سَوَاء بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلاَّ نَعْبُدَ إِلاَّ اللّهَ وَلاَ نُشْرِكَ بِهِ شَيْئاً وَلاَ يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضاً أَرْبَاباً مِّن دُونِ اللّهِ فَإِن تَوَلَّوْاْ فَقُولُواْ اشْهَدُواْ بِأَنَّا مُسْلِمُونَ﴾[2].

---

(١) سورة الشورى ٣، قال الفخر الرازي في التفسير الكبير ١٥٨/١٤ (إن هذه الآية تدل على أن هذه الشرائع قسمان:منها ما يمتنع دخول النسخ والتغيير فيه بل يكون واجب البقاء في جميع الشرائع والأديان كالقول بحسن الصدق والعدل والإحسان، والقول بقبح الكذب والظلم والإيذاء، ومنها ما يختلف باختلاف الشرائع).

(٢) سورة آل عمران ٦٤، وخلاصة الكلام أن النسخ إنما وقع في الأحكام الفرعية لاتفاق جميع الأحكام الشرعية في الأحكام الاعتقادية، وأمهات الأحكام الأصلية التي لا تتغير بالزمان والمكان كتحريم القتل والظلم ووجوب العدل.





الفصل الثاني
ألفاظ النصوص من حيث وضعها لمعانيها

ألفاظ النصوص من حيث وضعها لمعانيها، تنقسم إلى الخاص والعام والمشترك، وفي ضوء ذلك توزع دراسة عنوان هذا الفصل على ثلاثة مباحث، يخصص الأول للخاص والثاني للعام والثالث للمشترك .

- اللفظ من حيث الوضع[1]
  - الخاص
    - المطلق
    - المقيد
    - الأمر
    - النهي
  - المشترك
    - اللفظي
    - المعنوي
  - العام
    - العام المخصص
    - العام غير المخصص

(١) الوضع: جعل اللفظ دليلا على المعنى ولا يشترط مناسبة اللفظ للمعنى الذي وضع له.
وجه الحصر لأن اللفظ إما أن يدل على معنى واحد أو أكثر، فإن كان الأول، فإما أن يدل على الانفراد، فهو الخاص، أو على الاشتراك بين الأفراد فهو عام، وإن كان الثاني، فإن ترجح البعض على الباقي فهو مؤول، وإلاّ فهو المشترك..
شرح المنار لأبن ملك ص٥٣.



المبحث الأول

الخاص

تعريفه، حكمه، أنواعه

تعريفه

الخاص: هو اللفظ الموضوع لمعنى واحد معلوم على الانفراد أو لعدد محصور[1]، وهو إما واحد بالشخص أو واحد بالصنف أو واحد بالنوع أو واحد بالجنس.

أ- الواحد بالشخص

وهو اللفظ الموضوع لمعنى مشخص ولا يشمل غيره، كما في أسماء الأعلام وأسماء الإشارة. فلو قال الولي لرجل (زوجتك بنتي فاطمة)، يكون عقد الزواج منصباً على فاطمة المخصصة بالاسم دون سائر بناته. ولو قال (بعتك هذه السيارة) مشيراً إليها أمام المشتري، ينعقد العقد عليها، ولا يجوز تسليم سيارة أخرى بدلا عنها إلا باتفاق الطرفين، لأنها خُصصت بالإشارة.

ب- الواحد بالصنف

فلو قال شخص لآخر (بعتك طناً من الأرز العنبر)، يكون محل العقد مخصصاً بصنف معين من الأرز، فلا يجوز تسليم صنف آخر بدلا منه إلا باتفاق الطرفين، وإذا هلك قبل القبض يجب مثله من نفس الصنف. وكذلك الحكم لو خصص العاقد في العقد صنفاً معيناً من الحنطة أو التمر أو غيرهما من أصناف المحصولات الزراعية.

جـ- الواحد بالنوع

فلو قال الموصي (أوصيت لفلان بأغنامي أو أبقاري أو غيرهما من أي نوع من أنواع الحيوان)، يكون ما يملكه حين وفاته من الأغنام للموصى له، إن لم تزد قيمتها عن ثلث التركة، وتكون الزيادة موقوفة على إجازة الورثة، ولا يجوز لمن ينفذ وصيته بعد الوفاة أن

---

[1] لمزيد من التفصيل يراجع أصول البزدوي مع الكشف ٣٠/١.

يسلم إلى الموصى له غير الغنم اذا كان الموصى به غنما مثلاً، لان الموصي خصص الموصى به وحدده بالنوع.

د- الواحد بالجنس

فهو جنس جميع الأنواع المندرجة تحته، كالعقار والمنقول. وفي ضوء التشريعات العراقية كل تصرف ينصب على العقار باستثناء الوصية يكون باطلاً ما لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري[1]، فلفظ عقار جنس خاص وضع لكل ما لا يمكن نقله[2] إلا بتغيير وضعه القائم كالأرض والأشجار قبل قلعها. فإذا باع شخص عقاراً (داراً أو بستاناً) ثم حصل الخلاف فيما يدخل في البيع، وما لا يدخل، على القاضي الرجوع إلى المعنى القانوني للفظ العقار، فان لم يوجد يعمل بالمعنى العرفي في بلده.

حكمه :

اللفظ الخاص من حيث انه موضوع لمعنى مخصوص تكون دلالته عليه قطعية فلا يحتاج في استنباط الحكم منه إلى التفسير الاجتهادي، لان هذا التفسير عادة يكون لنص يحتمل أكثر من معنى واحد.

والمراد بالنص في القاعدة العامة (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص)[3] هو النص الخاص،[4] أما النص العام أو المشترك فيجوز فيه الاجتهاد، فالعام يجتهد فيه لمعرفة تخصيصه والمشترك أيضاً محل الاجتهاد لتحديد المعنى المقصود من بين المعاني التي وضع لها اللفظ بالاشتراك.

ومن الأمثلة الشرعية للخاص في القرآن الكريم ﴿مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ في قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾[5]، فلا يجوز للقاضي تبديل أو تعديل هذه

---

[1] في م ٥٠٨ المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة، واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون). وفي م٣/٢ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ (لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

[2] أي بطريقة اعتيادية وإلا فالتكنولوجيا الحديثة هدم هذا المعيار.

[3] المجلة م١٤. والمدني العراقي م٢.

[4] الخاص: هو النص الذي تكون دلالته على المعنى (الحكم) قطعية ولا يحتمل أكثر من حكم واحد.

[5] سورة النور/ ٢.

العقوبة، لأنها مدلول عليها بتعبير خاص يدل عليها دلالة قطعية، وكذلك من الخاص ألفاظ (النصف، والربع، والثمن، والسدس، والثلث) في قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾[1]، ومن الخاص في النصوص القانونية عبارة (ثلاث سنوات) في (م١٤٦) من قانون العقوبات[2] التي نصها: (تكون مدة إيقاف التنفيذ ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الحكم)، فهي تدل دلالة قطعية على جواز إصدار الحكم بإلغاء إيقاف التنفيذ إذا ظهرت حالة من الحالات الواردة في (م١٤٧) خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ الحكم، كما تدل دلالة قطعية على عدم هذا الجواز إذا ظهرت إحدى الحالات المذكورة بعد انتهاء هذه المدة.

ومن الجدير بالذكر في هذا الموضوع أن قطعية دلالة الخاص على الحكم (أو المعنى) إنما هي باعتبار وضعه له وضعاً خاصاً، أما باعتبار استعماله فانه قد يجوز أن يستعمل مجازاً في معنى آخر لعلاقة بين المعنيين مع قرينة مانعة من إرادة الموضوع له. وعلى سبيل المثل لفظ (ابن) خاص في لغة العرب للولد الذكر الصلبي، ويجوز استعماله للحفيد مجازاً عند وجود قرينة، كما إذا أوصى شخص ببعض من ماله لأبناء شخص آخر لم يكن له الأبناء ولكن له أحفاد، فان الوصية تنصرف إليهم لان القاعدة العامة تقضي بأنه: (إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز)[3]، وهذا مالا يتعارض مع قطعية دلالة الخاص باعتبار وضعه.

أنواع الخاص:

للخاص من حيث صيغه وتعابيره بالإرادة الظاهرة في النصوص وفي العقود وغيرها أنواع كثيرة، أهمها: الأمر والنهي والمطلق والمقيد" لان الحكم المخصوص أما أن يكون مدلولاً عليه بصيغة الأمر أو النهي أو بصيغة مطلقة أو مقيدة، لذا من المفيد توزيع دراسته على مطلبين الأول للأمر والنهي والثاني للمطلق والمقيد.

---

[1] سورة النساء/ ١٢.

[2] العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

[3] المجلة، م ٦١.

المطلب الأول
الأمـر والنهي

وتقسم دراسته إلى فرعين:

الفرع الأول
الأمر

عرف الأصوليون الأمر بتعريفات متعددة وبتعابير مختلفة كلها تدور حول نقطة جوهرية واحدة وهي أن الأمر: (طلب أداء من فعل[1]، أو امتناع[2] على وجه الحتم والإلزام ما لم يقم دليل على خلاف ذلك).

وعلى هذا الأساس الأصل أن يكون الحكم المدلول عليه لأمر الشارع -أو المشرع- هو الإيجاب وأثره الوجوب والأداء المطلوب به هو الواجب، ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك لان الأمر نوع من أنواع الخاص ودلالة الخاص على المعنى الموضوع له قطعية، ولكن قد يستعمل الأمر لمعان أخرى عند وجود القرائن. وقد ورد الأمر في القرآن الكريم لغير الوجوب من معان أخرى كثيرة[3].

صيغ الأمر

إن صيغ الأوامر والنواهي لم تأت على نمط واحد، بل اتبع القرآن الكريم، وكذلك الحديث

---

[1] كاقامة الصلاة واداء الزكاة في قوله تعالى ﴿وَأَقِيمُواْ الصَّلاَةَ وَآتُواْ الزَّكَاةَ﴾ البقرة/٤٣

[2] كالامتناع عن عقد البيع وكل معاملة أخرى من شانها أن تحول دون أداء صلاة الجمعة، كما في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِي لِلصَّلَاةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ الجمعة/٩. وكالتجنب عن عبادة الأصنام والقول الزور في قوله تعالى ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾، الحج/٣٠. والقاعدة العامة: (كل ترك فعل إذا قصد).

[3] ومن هذه المعاني ما يلي:
الندب كما في قوله تعالى ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ﴾ النور/٣٣.
الإباحة كما في قوله تعالى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُواْ﴾ المائدة/
الإرشاد كما في قوله تعالى ﴿ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ البقرة/٢٨٢. وغيرها

الشريف أساليب بلاغية رائعة مختلفة وتفنن في صياغة النصوص الآمرة وفيما يلي ألوان منها:

١- صيغة الأمر المعروفة بـ(افعل) في علمي الصرف والنحو مثل ﴿أَوْفُوا﴾ في قوله تعالى ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١]. ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولا﴾[٢] و﴿كُونُوا﴾ في قوله تعالى ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ﴾[٣]، و ﴿وَتَعَاوَنُوا﴾ في قوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾[٤].

٢- صيغة الفعل المضارع المصدرة بلام الأمر مثل ﴿فَلْيَصُمْهُ﴾ في قوله تعالى ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنكُمْ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾[٥] و﴿وَلْيَكْتُبْ﴾ في قوله تعالى ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾[٦]، و﴿لِيُنفِقْ﴾ في قوله تعالى ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾[٧].

٣- الجملة الخبرية المستعملة لمعنى الجملة الطلبية في ﴿يُرْضِعْنَ﴾ في قوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[٨].

٤- تعابير أخرى كثيرة منها لفظ ﴿كُتِبَ﴾ كما في قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾[٩]، وتعبير ﴿فَرَضْنَا﴾ كما في قوله تعالى ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾[١٠]، وكلمة ﴿عَلَى﴾ كما في قوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلا﴾[١١] إلى غير ذلك من الصيغ الأخر[١٢].

---

[١] سورة المائدة /١.

[٢] سورة الإسراء/ ٣٤.

[٣] سورة النساء/ ١٣٥.

[٤] سورة المائدة/ ٢.

[٥] سورة البقرة/ ١٨٥.

[٦] سورة البقرة/ ٢٨٢.

[٧] سورة الطلاق/ ٧.

[٨] سورة البقرة/ ٢٣٣.

[٩] سورة البقرة/ ١٧٨.

[١٠] سورة الأحزاب/ ٥٠.

[١١] سورة آل عمران/ ٩٧.

[١٢] تعرف الأوامر في القانون بالجزاء المترتب على مخالفتها من:
بطلان التصرف كما في عدم تسجيل العقار المبيع في التسجيل العقاري.

مقتضى الأمر

هل هو الفور أو التراخي؟ وهل هو المرة أو الكرة؟

فيه خلاف للعلماء من الفقهاء والأصوليين، ولكن الرأي الراجح الذي استقروا عليه هو أن مقتضى الأمر طلب الأداء من فعل أو امتناع، وان هذا المعنى هو حقيقته ومقتضاه، أما الفورية في تنفيذه أو التراخي والتأجيل فيه، أو أن الأداء مطلوب لمرة واحدة فقط، أو هو للتكرار؟. كل ذلك يؤخذ من دليل خارج عن صيغة الأمر كعمل الرسول ﷺ، وقوله في بيان ذلك، وكإجماع الفقهاء، وغير ذلك، وعلى سبيل المثل:

أ- الأمر بالاستغفار والتوبة والرجوع إلى الله بعد ارتكاب أي ذنب من الذنوب يكون على الفور،كما في قوله تعالى ﴿وَاستَغفِرُوا رَبَّكُمْ ثُمَّ تُوبُوا إليه إنَّ رَبِّي رَحِيمٌ وَدُودٌ﴾[1]، بدليل قوله تعالى ﴿وَسَارِعُوا إلى مَغفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ﴾[2].

ب- الأمر بالإنفاق في سبيل الله في قوله تعالى ﴿وَأَنفِقُوا فِي سَبِيلِ اللهِ﴾[3]، يكون تعجيله وتأخيره تابعاً لحاجة الناس إلى الإنفاق، وقيام مصلحة عامة تتطلب هذا الإنفاق عاجلاً أو آجلاً.

جـ- الأمر بالحج في قوله تعالى ﴿وَلِلهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إليه سَبِيلاً﴾[4]، لمرة واحدة فكل حج بعدها مندوب.

د- الأمر بالصلاة والزكاة في قوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾[5]، والتعاون على البر في قوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾[6]، يكون للتكرار مدى الحياة، وقد ثبت ذلك أيضاً بالسنة النبوية والإجماع.

أو تعويض كما في عدم استعمال العين المؤجرة أو المعارة من قبل المستأجر والمستعير في الغرض الذي خصصت له العين.

أو عقوبة كما في عدم تنفيذ المكلف بواجب واجبه.

[1] سورة هود /٩٠.

[2] سورة آل عمران/ ١٣٣.

[3] سورة البقرة/ ١٩٥.

[4] سورة آل عمران /٩٧.

[5] سورة البقرة/ ٤٣

[6] المائدة : ٢

وبناء على ما ذكرنا فان صيغة الأمر بمجردها لا إشعار فيها بوحدة ولا تكرار، والخلاف في ذلك عقيم يجب إهماله. ولان كل أمر ورد في القرآن الكريم بيّن الرسول ﷺ ما هو المراد منه من المرة أو الكرة. ولذا نرى حذف موضوعات المرة والكرّة والفورية والتراخي في أصول الفقه لأن انشغال الذهن بها من ضياع الوقت والعمر وهما لا يُعوضان إذا ضاعا.

حكم الأمر الوارد بعد الحظر[1]

أمر الشارع غالباً غير مسبوق بالحظر، لان كل ما يأمر به فهو حسن لذاته أو لصفته الذاتية وفيه المصلحة أو المنفعة العامة والخاصة، والمحظور لغير عذر أو لظرف طارئ يكون قبيحاً لذاته أو لصفة ذاتية. ومع ذلك قد يكون مسبوقاً بحظر ولذا اختلفت الآراء في مدلوله في حالة وقوعه بعد هذا الحظر كما يلي:

أ- حكم المأمور به بعد الحظر هو الإباحة بالاستقراء، لأنه ثبت بالإحصاء إن كل ما أمر به الشارع بعد الحظر حكمه هو الإباحة.

ب- حكمه الوجوب لأنه حقيقته الشرعية سواء وقع بعد الحظر أم لا.

جـ- حكمه هو الحكم السابق الذي كان عليه المأمور به قبل الحظر من وجوب أو ندب أو إباحة أو غير ذلك.

د- وفي رأينا يجب أن يفرق بين حظر لم يسبق بالأمر، وبين حظر طارئ مسبوق بالأمر:

١- فإذا كان الفعل لم يأمر به قبل الحظر، بل كان في أصله محظوراً فان حكمه الإباحة بالاستقراء التام، حيث لا نجد حسبما اطلعت عليه أمراً بعد الحظر الأصلي إلا وهو للإباحة، كما في زيارة القبور وادخار لحوم الأضحية وغيرها، فمثلا زيارة القبور كانت محظورة في الأصل لان الزائر كان يقدس القبر تقديساً قريباً من الشرك، فلما استقر الإسلام ومبادؤه في عقول المسلمين قال الرسول ﷺ : (كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها)[2].

٢- أما إذا كان الحظر مسبوقاً بالأمر وكان الحظر لمانع أو ظرف طارئ فإذا أمر به بعد زوال العذر المانع يرجع إلى ما كان عليه قبل الحظر من وجوب أو ندب أو إباحة لان الحظر كان لمانع، والقاعدة تقضي بأنه: (إذا تعارض المانع والمقتضي قدم

---

[1] كما في قوله تعالى:﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾المائدة/٢. وقوله تعالى ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾البقرة/٢٢٢. وقوله تعالى:﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾ الجمعة/١٠

[2] أخرجه مسلم، كتاب الجنائز، صحيح مسلم بشرح النووي ٧/٥٠.

المانع)[١] إذا زال العذر والظرف المانع يعود إلى ما كان عليه وفقاً لقاعدة: (إذا زال المانع عاد الممنوع)[٢].

ومن الشواهد الدالة على هذه الحقيقة

إن الصيام واجب على المرأة المسلمة كما هو واجب على الرجل لكنه محظور عليها في حالة العادة النسائية وفيما بعد الولادة لفترة، فإذا زال هذا الظرف العارض يجب عليها الأداء، أي يرجع إلى ما كان عليه قبل الحظر وهو الوجوب، قال تعالى ﴿فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾[٣]. والاصطياد عمل مباح للإنسان وسبب مشروع من أسباب كسب الملكية لكنه محظور على الحاج أثناء لبس الإحرام وقت أداء مناسك الحج، فإذا تمت هذه المناسك وانتهى واجب الإحرام عاد العمل إلى حكمه السابق وهو الإباحة كما نص على ذلك قوله تعالى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾[٤].

الفرع الثاني
النهي

النهي لغةً المنع ومنه تسمية العقل النهى، لأنه ينهى صاحبه عما يخالف الصواب.

وفي الاصطلاح له تعريفات متعددة[٥] كلها تدور حول محور واحد وهو أن النهي طلب الكف عن الفعل على وجه الحتم والإلزام ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، وبناء على ذلك الأصل النهي هو انه حقيقة في الحرمة، والفعل المطلوب تركه والكف عنه محرم. وإضافة إلى هذا المعنى الحقيقي للنهي فانه قد استعمل مجازاً في معان كثيرة أخرى في الشرع[٦].

---

[١] المجلة م ٤٦، المدني العراقي م٤.

[٢] المجلة م٢٤.

[٣] سورة البقرة/٢٢٢.

[٤] سورة المائدة/٢.

[٥] لمزيد من التفصيل يراجع القاضي عضد، شرح مختصر المنتهى الأصولي ٢/٩٥.

[٦] ومن هذه المعاني:

صيغ النهي

القرآن الكريم نهى الإنسان عن جميع التصرفات التي تتضمن المفاسد والمضار بصيغ متعددة وتعابير مختلفة وهي تدل على أسلوبه البلاغي الرائع المعجز، ومن تلك الصيغ الآتي:

١- الفعل المضارع للمخاطب المصدر بحرف (لا) الناهية كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً﴾[١]، وقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حتى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾[٢]، وقوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[٣]، وقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلا بِالْحَقِّ﴾[٤].

٢- مشتقات مادة (تحريم) كما في قوله تعالى﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾[٥]، وقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ﴾[٦].

٣- مشتقات مادة (النهي) كما في قوله تعالى﴿وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ﴾[٧]، وقوله تعالى ﴿إِنَّ الصَّلاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾[٨].

٤- نفي الحل كما في قوله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً﴾[٩].

٥- اقتران الفعل بالوعيد بالعقاب عليه كما في قوله تعالى﴿فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ* الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلاتِهِمْ سَاهُونَ*الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ*وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾[١].

الكراهة: كما في قوله تعالى ﴿لاَ تُحَرِّمُواْ طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللّهُ لَكُمْ﴾ المائدة/ ٨٧. الارشاد: كما في قوله تعالى ﴿لاَ تَسْأَلُواْ عَنْ أَشْيَاء إِن تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ﴾ المائدة/١٠١. وقال البعض: هذا النهي للكراهة كما ذكرنا سابقاً.

التحقير: كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَمُدَّنَّ عَيْنَيْكَ إِلَى مَا مَتَّعْنَا بِهِ أَزْوَاجاً مِّنْهُمْ زَهْرَةَ الْحَيَاةِ الدُّنيَا﴾طه /١٣١. وغيرها

[١] سورة الإسراء/ ٣٢.

[٢] سورة الأنعام/ ١٥٢.

[٣] سورة البقرة/ ١٨٨.

[٤] سورة الإسراء/ ٣٣.

[٥] سورة النساء/ ٢٣.

[٦] سورة المائدة/ ٣.

[٧] سورة النحل/ ٩٠.

[٨] سورة العنكبوت/ ٤٥.

[٩] سورة البقرة/ ٢٢٩.

٦- الاستفهام الإنكاري كما في قوله تعالى ﴿أَفَأَنتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾[٢]، وغير ذلك[٣].

مقتضى النهي

النهي بخلاف الأمر لا خلاف في مقتضاه في انه للفور، أي على الإنسان المكلف أن يكف نفسه عن الفعل المنهي عنه فوراً وبدون التراخي، وكذلك لا خلاف في أن النهي للتكرار والاستمرار مدى الحياة، لان في المنهي عنه مفسدة ومضرة يجب التجنب عنها، ولان الإنسان إذا باشر الفعل المنهي عنه في حياته مرة واحدة يعتبر عاصياً.

اثر النهي على المنهي عنه صحة وفساداً

لا خلاف في أن التصرف المنهي عنه قبيح لذاته أو لوصفه اللازم أو غير اللازم وبالتالي فيه مضرة عامة أو خاصة، وان تأثير النهي على هذا التصرف يختلف باختلاف خطورته وحجم الضرر العام أو الخاص فيه، وكذلك يختلف باختلاف طبيعة الفعل، فهو قد يكون من الأعمال التي تعد من الجرائم، كما قد يكون من العبادات والمعاملات المالية وغير المالية[٤].

أ- الجرائم

النهي قد يدل على أن المنهي عنه من الجرائم، وانه اعتداء أما على النفس كما في القتل، في قوله تعالى ﴿ وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إلا بِالْحَقِّ ﴾[٥]،أو على الأعراض والأنساب، كما في قوله تعالى ﴿وَلا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلا﴾[٦]، أو على الأموال كما في قوله تعالى ﴿وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[٧]، أو على الأمن

---

[١] سورة الماعون/ ٤-٧.
[٢] سورة يونس/ ٩٩.
[٣] تُعْرَفُ النواهي في القانون بالجزاء المترتب على فعل المنهي عنه من بطلان كبيع الأموال الاثرية، أو تعويض كإتلاف مال الغير، أو عقوبة كجريمة القتل.
[٤] لمزيد من التفصيل يراجع أصول الشاشي، ص٢٨.
[٥] سورة الإسراء/ ٢٢.
[٦] سورة الإسراء/ ٢٢.
[٧] سورة البقرة/ ١٨٨.

والمصالح العليا للأمة كالتجسس كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾[١] ، أو على الأمن وراحة الناس كالفساد في الأرض كما في قوله تعالى﴿وَلَا تَبْغِ الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ﴾[٢] ، أو غير ذلك من التصرفات التي تعتبر جرائم.

أما اثر النهي عليها فإنها تعتبر أسباباً لاستحقاق فاعلها المباشر وغير المباشر لعقوبات دنيوية من عقوبات الحدود والقصاص، أو العقوبات التعزيرية، فإن لم يعاقب بدون عذر فانه لا ينجو من عقوبة الآخرة أمام الله، إضافة إلى هذه العقوبات فإنها لا تترتب عليها الآثار الشرعية، ففي السرقة والنهب والسلب وخيانة الأمانة والرشوة لا يصبح الجاني مالكاً للمال، وفي جريمة الزنا لا نسب ولا نفقة ولا مهر ولا ميراث، لأن النهي عن هذه التصرفات الإجرامية إنما هو لقبحها الذاتي ومفسدتها ومضرتها، فيقتضي عدم ترتب أي اثر شرعي عليها، فهي من التصرفات الحسية القبيحة لذاتها.

ب- العبادات

وإذا كان المنهي عنه من العبادات فالنهي لا يمكن أن يتوجه إلى ذات العبادة، لان كل عبادة حسنة لذاتها، فيها منفعة دنيوية أو أخروية، ولا يتصور النهي عنها لذاتها وإنما لوصف لازم أو غير لازم.

ففي النهي عن العبادة لوصف لازم كصوم يوم العيد تعتبر العبادة غير صحيحة عند جمهور الفقهاء، وتكون مجزئة ومسقطة للتكليف عند الحنفية رغم فسادها بسبب النهي. ويترتب على هذا الخلاف أن من نذر على نفسه صوم يوم مثلاً فيجب عليه الوفاء به، فان صام يوم العيد لا يكون مجزئاً ولا مسقطاً عند جمهور الفقهاء لفساده، فيجب عليه صوم يوم آخر خلافاً للحنفية القائلين بأنه مجزئ ومسقط للمسؤولية، لان النهي عن صيام يوم العيد ليس لذاته وإنما للإعراض عن ضيافة الله. وفي النهي عن العبادة لوصف غير لازم كالصلاة في دار مغصوبة أو ثياب مغصوبة، والوضوء بماء مغصوب، فإن جمهور الفقهاء قالوا بصحة العبادة ولكن فاعلها آثم أمام الله، أي ديانة لا قضاء، وقال الظاهرية[٣] والحنابلة[٤]، ومن حذا حذوهم: العبادة باطلة للنهي عنها.

---

[١] سورة الحجرات/ ١٢.

[٢] سورة القصص/ ٧٧.

[٣] لمزيد من التفصيل راجع الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٣/٢٠٧.

[٤] لمزيد من التفصيل راجع شرح الكوكب المنير، ص٣٤٢.

جـ- المعاملات المالية

إذا كان التصرف المنهي عنه من المعاملات المالية، فيكون تأثير النهي على التصرف كالآتي:

أولاً- إذا كان النهي لذات المنهي عنه أو عنصر من عناصره يكون التصرف (أو العقد) باطلاً بإجماع الفقهاء، كالنهي عن التعامل بالميتة والخنزير والدم والمسكرات والمخدرات، فلا يترتب على التصرف أي أثر شرعي.

ثانياً- إذا كان النهي لوصف لازم للمنهي عنه (أي وصف لا ينفك عنه) يكون العقد باطلاً أيضاً عند جمهور الفقهاء، لأن النهي عن تصرف لوصفه اللازم كالنهي عنه لذاته أو لعنصر من عناصره.

وفرّق الحنفية بين النهي عن تصرف لذاته (أو لعنصره) وبين النهي عنه لوصفه اللازم، وبنوا على هذا الأصل التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد واستحدثوا عقداً يتمتع بالحالة الوسطية بين العقد الصحيح والعقد الباطل، وقالوا: (العقد الباطل هو الذي يكون غير مشروع بأصله ووصفه، والصحيح ما كان مشروعا بأصله ووصفه، والفاسد ما كان مشروعاً بأصله وغير مشروع لوصفه).

وبذلك يكون للعقد باعتبار تكونه وآثاره خمسة أقسام: العقد الصحيح والعقد غير الصحيح، فالصحيح أما موقوف أو نافذ غير لازم أو نافذ لازم، وغير الصحيح أما باطل أو فاسد، وقال الجمهور بالتقسيم الرباعي على أساس أن الباطل والفاسد مترادفان مفادهما هو: (كل عقد تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروطه دون تفريق بين أصله ووصفه)، وعلى سبيل المثل العقد الربوي باطل عند الجمهور، وفاسد عند الحنفية لأنه مشروعٌ بأصله كبيع توافرت أركانه وعناصره، ولكنه غير مشروع بوصفه وهو كونه مشتملاً على زيادة (فائدة) لأحد المتعاقدين على حساب الآخر دون مقابل، فهذا الوصف فاسد لأنه منهي عنه شرعاً ولكونه مُخلاً بالتوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين، وقال الجمهور: (كل عقد ربوي باطل لأنه منهي عنه لوصفه اللازم وهو الفائدة الربوية).

وعلل أبو حنيفة (رحمه الله)[1] جعله العقد الفاسد منزلة بين المنزلتين[1] قائلاً:

---

[1] يراجع الفروق للقرافي الذي أورد فيه هذا الكلام لأبي حنيفة ٢/٨٣-٨٤.

(أصل الماهية[٢] سالم عن المفسدة، والنهي إنما هو في الخارج عنها)[٣].
فلو قلنا بالفساد مطلقاً لسوينا بين الماهية المتضمنة للفساد[٤] وبين السالمة[٥] عن الفساد، ولو قلنا بالصحة مطلقاً لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفاتها[٦] والمتضمنة للفساد في صفاتها وذلك غير جائز، فان التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد، فتَعين حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل والوصف بالوصف، فنقول أصل الماهية[٧] سالم عن النهي.
والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهي فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة، ويثبت للوصف الذي هو الزيادة[٨] المتضمنة للمفسدة الوصف العارض وهو النهي فيَفسد الوصف دون الأصل وهو المطلوب).
قال السنهوري (رحمه الله): وقد أثنى فقهاء القانون[٩] على صنيع أبي حنيفة هذا حيث أنقذ كثيراً من المعاملات المالية من الانهيار وساعد على استقرارها بإقرار العقد الفاسد بين الصحيح والباطل، لأنه يتحول إلى العقد الصحيح تلقائيا بمجرد إزالة سبب الفساد، بخلاف الباطل فانه يحتاج إلى الاستئناف والتجديد بعد إزالة سبب البطلان، وهذا من أهم ميزات التمييز بين الباطل والفاسد.
ثالثاً- إذا كان النهي لوصف غير لازم[١٠]، ومن أمثلته النهي عن البيع وعن كل معاملة مالية من شأنها أن تحول دون أداء صلاة الجمعة، كما في قوله تعالى ﴿يَا

---

[١] أي بين العقد الصحيح والعقد الباطل.
[٢] أي ماهية العقد الفاسد وهي أركانه وعناصره (شروطه).
[٣] أي أن النهي لوصف خارج عن الماهية.
[٤] أي ماهية العقد الباطل لأنها فاسدة وغير مشروعة.
[٥] أي ماهية العقد الفاسد لأن ماهيته سالمة عن الفساد، وإنما الفساد في وصفها.
[٦] وهو العقد الصحيح المشروع بذاته (أصله) ووصفه.
[٧] أي ماهية العقد الفاسد.
[٨] أي في العقد الربوي، لأن الزيادة فائدة ربوية محرمة بالنص.
[٩] مصادر الحق للسنهوري ٤/١٥٠.
[١٠] المراد بالوصف غير اللازم هو ان الوصف قد ينفك عن هذا التصرف بحيث كما يتحقق معه قد يوجد مع تصرف آخر، فالحاق الضرر بالخطيب الأول من الخطيب الثاني بالخطبة على خطبته كما يكون عن هذه الطريقة يمكن ان يتحقق بطريقة أخرى.

أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾[١]، وكالنهي عن النجش[٢] وعن تلقي الركبان وعن بيع الحاضر لبادٍ[٣]، وعن بيع الرجل على بيع أخيه، وعن خطبته على خطبة أخيه، وعن بيع الشيء قبل قبضه، وعن بيع العُربان[٤]، وعن التصرية للحيوان إذا أُريد بيعه، وغير ذلك من العقود المنهي عنها، لا لذاتها ولا لوصفها اللازم وإنما لوصف غير لازم وهو إلحاق الضرر بالغير.

قال جمهور الفقهاء بصحة التصرف المنهي لوصفه غير اللازم[٥]، ولكن فاعله آثم أمام الله، أي يُسأل ديانة لا قضاء، ولكن إذا كان هناك غبن فاحش مقترن بالتغرير والتدليس يَحق للمغبون طلب رفع الغبن أو فسخ العقد[٦].

وقال الظاهرية[٧] والزيدية: (النهي يقتضي الفساد مطلقاً سواء كان لذات المنهي عنه أو لوصفه غير اللازم).

وفرق المالكية[٨] والحنابلة[١] بين النهي عن التصرف لوصفه غير اللازم رعاية لحق

---

(١) سورة الجمعة/٩.

(٢) النَجْش (بفتح النون وسكون الجيم): لغة تنفير الصيد واستثارته من مكانه ليصاد.
وفي الشرع: الزيادة في ثمن السلعة المعروضة للبيع لا ليشتريها بل ليُغر بذلك غيره، عن ابن عمر ﷺ (نهي رسول الله عن النجش)، سبل السلام ٣/٢٣.

(٣) تلقي الركبان هو الخروج عن المدينة واستقبال أهل القرى والأرياف قبل أن يدخلوها ممن يجلبون محصولاتهم الزراعية والحيوانية وغيرها للبيع ويشترونها منهم دون علمهم بسعر السوق.

(٤) العُربان: بضم العين وسكون الراء هو العربون كان يريد شخص ان يشتري مالا فيدفع له مقدما مبلغاً، فان اشتراه فهو جزء من الثمن وإلا فلا يسترده جزاءً لإعراضه عن إكمال العقد،وقد اختلف فيه الفقهاء، فقال مالك والشافعي (العقد باطل لاقترانه بشرط فاسد وللغرر ولما فيه من أكل مال الغير بالباطل).

(٥) أي خارج عنه ينفك عنه في بعض موارده ولمزيد من التفصيل يراجع القواعد للعلائي ١٧١/١.

(٦) لقول الرسول ﷺ لحبان بن منقد، وكان يخدع في البيوع: (إذا بايعت فقل لا خلابة-لا خديعة- ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فان رضيت فأمسك وان سخطت فاردد)، سبل السلام ٣/٤٦. في هذه الواقعة العبرة بعموم النص لا بخصوص السبب.

(٧) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٣/٣٠٧ وما بعدها، المحلى ٨/٤٥٣.

(٨) فتح الباري شرح صحيح البخاري ١٢/٢٥٩، المغني لابن قدامة ٤/٢٤١.

الله[٢] أو المصلحة العامة[٣]، ففي هاتين الحالتين يكون العقد باطلاً، وبين النهي رعاية لحق الفرد (الحق الخاص)[٤] والمصلحة الخاصة، فعندئذ يحق لمن لحقه الضرر الخيار بين قبول العقد بضرره وبين فسخه خلال ثلاثة أيام من علمه بغبنه.

د- المعاملات غير المالية

إذا كان التصرف المنهي عنه من المعاملات غير المالية كالزواج فإن أثر النهي لذات المنهي عنه البطلان، كزواج المحرمات تحريماً مؤبداً بسبب النسب والرضاع والمصاهرة، والدخول يعتبر جريمة الزنا في حالة العلم بالبطلان.

وإذا كان النهي لوصف لازم يكون الزواج فاسداً كزواج الشغار، عن ابن عمر ﷺ: (نهى رسول الله ﷺ عن الشغار)[٥] وزواج المُحرِم لقول الرسول ﷺ: (لا يُنكَحُ المُحرِم ولا يَنكَحُ)[٦]، وزواج المتعة عن علي ﷺ: (نهى رسول الله ﷺ عن المتعة عام خيبر)[٧]، وإذا حصل الدخول في الزواج الفاسد ترتبت عليه الآثار التالية:

١- شرعية نسب الجنين الذي يتكون من هذا الدخول حماية لمستقبل الطفل.
٢- وجوب المهر للمدخول بها تعويضاً عن الضرر الأدبي الذي لحق بها بالدخول.
٣- وجوب العدة على المدخول بها منعاً لاختلاط النسب أو تعبداً.
٤- ثبوت المصاهرة بالدخول شأنه شأن الدخول الشرعي.
٥- سقوط عقوبة الزنا للشبهة.

---

[١] تصويبات الكوكب المنير،ص ٣٤٢.

[٢] كالنهي عن البيع بعد النداء إلى صلاة الجمعة، ويُقاس على البيع أي معاملة أخرى.

[٣] كالنهي عن بيع الحاضر لباد لأنه يضر بمصلحة المستهلكين.

[٤] أي لرعاية حق خاص يُمكن استدراكه، فالبائع في تلقى الركبان يُخير بين امضاء العقد مع قبول الغبن وبين فسخه، أي أن البيع ينعقد صحيحا نافذا غير لازم رغم أن الطرف الرابح على حساب الأخر آثم أمام الله، أي يُسال ديانة لا قضاء.

[٥] الشغار كأن يُزوج الرجل ابنته على أن يُزوجه الأخر ابنته وليس بينهما صداق. أخرجه البيهقي في كتاب النكاح ٧/٢٠٠.

[٦] أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المُحرِم، صحيح مسلم بشرح النووي ٩/٢٠٥.

[٧] المرجع السابق ٩/١٩٩.

وجدير بالذكر أن هذه الآثار قال بها غير الحنفية أيضاً لا على أساس التفرقة بين الفاسد والباطل وإنما على أساس وجود الشبهة، فالدخول في الزواج الذي يُسميه الحنفية فاسداً مقترنٌ بالشبهة. ثم إن ما شاع بين الناس من أنه لا فرق بين الباطل والفاسد عند الحنفية في الزواج صحيح، بالنسبة لوجوب التفريق بين الزوجين في الحالتين، أما من حيث الآثار فإن الفرق بينهما واضح، فهي غير موجودة في حالة الدخول في الزواج الباطل، بخلاف ذلك في الزواج الفاسد.

وإذا كان النهي لوصف غير لازم فالزواج صحيح عند الجمهور[١]، والفاعل آثم كالزواج بعد الخطبة على خطبة الغير، قال الرسول ﷺ : (لا يَخطُبُ أَحَدُكُم عَلَى خِطبَةِ أَخِيهِ)[٢]، وعند ابن حزم الزواج غير صحيح بناءً على أصله: (كل نهي يقتضي الفساد)[٣].

---

[١] في سبل السلام ١٤٨/٣ (وأما العقد مع تحريم الخطبة فقال الجمهور يصح). وقال داود – أي داود الظاهري – يُفسخ النكاح قبل الدخول وبعده.

[٢] المرجع السابق ١٤٨/٣.

[٣] وهو يتفق مع داود الظاهري مؤسس مذهب الظاهرية.

المطلب الثاني
المطلق والمقيد

وتُقسم دراسة الموضوع إلى فرعين:
الأول لبيان المطلق والثاني لبيان المقيد .

الفرع الأول
المطلق

وهو لفظ دال على ماهيةٍ مشتركةٍ بين عدة أنواع أو أصناف أو أفراد، يصلح لأن يراد به أي واحد منها على سبيل التناوب قبل التقييد، وعلى سبيل المثل إذا قيل فلان ارتكب جريمة أو زرع زراعة أو اشترى حيواناً أو عمل تزويراً أو باع سيارة أو غرس نخلة، يكون كل من (جريمة، وزراعة وحيوان) مطلقاً وجنساً شاملاً لكل نوع من أنواعه على سبيل المناوبة كما يكون كل من (تزوير وسيارة ونخلة) أيضاً مطلقاً ونوعاً يحتمل كل صنف مندرج تحته على سبيل التناوب، وبهذا يُعتبر المطلق من الخاص باعتبار أن معناه واحد، ومن المشترك المعنوي باعتبار ما يندرج تحت هذا المعنى من الأنواع والأصناف والآحاد.

حكم المطلق :

من المسلم به أن اللفظ إذا ورد في نص من النصوص مطلقا غير مقيد بقيد، فالأصل أن يُعمل به على إطلاقه، ولا يجوز للمجتهد أو القاضي أو المفتي أن يُقيده ما لم يثبت لديه دليل شرعي على تقييده، وفقاً للقاعدة العامة (المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة)[1] أي صراحةً أو ضمناً.

ومن تطبيقات هذه القاعدة في الأحوال الشخصية:

أ- العمل بمقتضى الإطلاق الوارد في قوله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾[2]، في التحريم

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، م٦٤.
[2] سورة النساء/ ٢٣.

أي حرم عليكم التزوج بأمهات زوجاتكم سواء أحصل الدخول أم لا، لأن النص ورد مطلقاً غير مقيد بالدخول، وقد أجمع فقهاء الشريعة على الأخذ بهذا الإطلاق حيث لم يثبت دليل شرعي في القرآن أو في السنة على تقييده.

ب- وكذلك العمل بالإطلاق الوارد في قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾[١]، فإنه يدل على وجوب عدة الوفاة على زوجة المتوفى سواء أدخل بها أم لم يدخل.

ومثل ذلك في الإطلاق آيات المواريث الواردة مطلقة عن قيد الدخول في ميراث أحد الزوجين من الآخر، فإذا مات أحدهما بعد الزواج وقبل الدخول يرثه الآخر وفقاً لإطلاق النص[٢].

ومن تطبيقاتها في المعاملات المالية:

أ- الأجير الذي استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره[٣]، لكن لو أطلق العقد حين الاستئجار ولم تكن النية موجهة إلى شخص الأجير للقيام بالعمل بنفسه، فللأجير أن يُنيب غيره عن نفسه للقيام بالعمل[٤].

ومن الجدير بالإشارة أن البيع المطلق يُقَرُّ له اللزوم وبتقييده بخيار الشرط يرتفع اللزوم، وإطلاق الثمن يقتضي الحلول وإذا شرط الأجل ارتفع الحلول.

ب- إذا كانت الإعارة مطلقة ولم يقيدها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع، كان للمستعير استعمال العين المعارة في أي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريده، لكن يُقيد ذلك بالعرف والعادة[٥].

جـ- في عقد المضاربة المطلقة يكون المضارب مأذوناً بالعمل في مستلزمات المضاربة والأمور التي تتعلق بها، ويجوز له البيع والشراء بنقد ونسيئة وتحديد أجل معتاد، وله التوكيل والحوالة والسفر إلى بلد آخر للمعاملات التجارية[٦].

---

(١) سورة البقرة/ ٢٣٤.

(٢) كما في قوله تعالى ﴿ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ ﴾، النساء/١٢..

(٣) المجلة، م٥٧١.

(٤) المجلة، م٥٧٢.

(٥) المجلة، م٨١٩.

(٦) المجلة، م١٤١٤.

د- في الوكالة بالبيع المطلق، للوكيل أن يبيع مال موكله بالثمن الذي رآه مناسباً، لكن ليس له أن يبيع بأنقص مما عينه الموكل[١].

الفرع الثاني
المقيد

بعد معرفة حقيقة المطلق تكون حقيقة المقيد واضحة لدى كل من يستوعب المطلق، لأن المقيد عبارة عن المطلق مع إضافة قيد أو أكثر يُقلل من شيوعه، ويبين أن المراد منه نوع من أنواعه أو صنف من أصنافه أو غير ذلك.

ومن النصوص الشرعية التي ورد فيها تقييد المطلق:

أ- في قوله تعالى ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأرض فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً﴾[٢]، فقيّد القتل المحرم بأن يكون بغير حق، فإذا كان بحق كالقصاص أو منع انتشار الفساد في الأرض فإنه لا يعتبر جريمة موجبة للعقوبة.

ب- في قوله تعالى ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾[٣]، فقيّد القتل الموجب لتحرير الرقبة والدية بأن يكون خطأ، وقيد الرقبة بأن تكون مؤمنة.

جـ- قوله تعالى ﴿ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾[٤]، فقيّد تحريم بنت الزوجة من زوج سابق بالمصاهرة بقيد الدخول، أما إذا حصلت الفرقة بينهما قبل الدخول، فيحق له أن يتزوج بنتها التي هي من زوجها السابق[٥].

د- قوله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ

---

[١] المجلة، م١٤٤٩.

[٢] سورة المائدة/ ٣٢.

[٣] سورة النساء/ ٩٢.

[٤] سورة النساء/ ٢٣.

[٥] والسر في حرمة أم الزوجة بمجرد عقد التزوج ببنتها وان لم يدخل الزوج بها، وفي عدم حرمة ابنة زوجته من زوجها السابق ما لم يدخل بها بعد الزواج، هو أن الزوج بحاجة إلى الخلوة مع أم زوجته بعد زواجه لإكمال متطلبات هذا الزواج، وهذه الحكمة غير متوافرة في صورة العكس.

﴿وَالْأَقْرَبِينَ﴾[١]، فالوصية في هذه الآية وردت مطلقة شاملة للوصية بكل التركة أو ببعضها، لأنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض مطلقاً، إلا أن السنة النبوية بيّنت أن هذا الإطلاق غير مراد وقيّدتها بالثلث، فقد روي عن سعد بن أبي وقاص ﷺ انه قال: قُلت يا رسول الله، أنا ذو مال – وفي رواية كثير المال- لا يرثني إلا ابنة واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال ﷺ: لا، قلت: أفأتصدق بشطره -نصفه-؟، قال ﷺ: لا، قلت أفأتصدق بثلثه؟، قالﷺ: الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة[٢] يتكففون[٣] الناس[٤].

ونستنتج من هذا أن القيد الذي يُقيد المطلق لا يشترط أن يكون في نفس النص المطلق أو من نوعه، بل يجوز تقييد إطلاق القرآن بالقرآن وبالسنة، وتقييد السنة بالقرآن وبالسنة وتقييد كليهما بالإجماع أو القياس أو العرف[٥] أو المصلحة العامة الشرعية في ميزان الشرع. ولهذه الصور من التقييد تطبيقات كثيرة في الفقه الإسلامي لا مجال لذكرها.

ومن النصوص القانونية التي ورد فيها تقييد المطلق:

أ- ليس للزوج أن يُسكن مع زوجته ضرتها في دار واحدة بغير رضاها، فالمنع مقيد بحالة عدم الرضا.

ب- الشروع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها[٦]، فقيد المشرع الفعل بأن يكون بقصد

---

[١] سورة البقرة/ ١٨٠.

[٢] جمع عائل وهو الفقير.

[٣] أي يسألون الناس بأكفهم.

[٤] الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري، الأدب المفرد، حديث رقم ٥٢٠.
ومسلم في كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، صحيح مسلم بشرح النووي ٨٥/١١.

[٥] قال السيوطي، الأشباه والنظائر، ص١٠٩ (قال الفقهاء كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة، يُرجع فيه إلى العرف ومثلوه بالحرز في السرقة، والتفرق في البيع، والقبض ووقت الحيض وقدره والأحياء، والاستيلاء في الغصب... الخ).

[٦] م٣٠ من قانون العقوبات العراقي المعدل رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

ارتكاب جناية أو جنحة، وهذا يدل على انه لا شروع في المخالفات، وقيّد الأسباب بأن لا دخل لإرادة الفاعل فيها وإلا فلا يُعتبر الشروع جريمة معاقباً عليها.

جـ- لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو[١]، فعدم الجواز مقيد بحالة ما بعد التسجيل وأما قبله فانه جائز.

حكم المقيد

كما أن من الواجب أن يأخذ الفقيه والقاضي والمفتي بإطلاق المطلق حتى يثبت دليل على تقييده، كذلك يجب عليهم رعاية القيد الوارد في النص المعتبر في الحكم، بحيث يطبق الحكم الوارد فيه إذا تحقق هذا القيد ويسمى الحكم منطوق النص، وان تخلف فيجب تطبيق نقيض هذا الحكم الذي يُسمى مفهوم المخالفة، ويأتي بيانهما مفصلاً بإذن الله.

فحكم التزوج من بنت زوجته من زوجها السابق هو الحرمة والبطلان إذا دخل بأمها بعد الزواج، ثم حصلت الفرقة بينهما، أما إذا تخلف قيد الدخول الذي ورد في قوله تعالى ﴿نِسَائِكُمُ اللاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾[٢] قبل الفرقة بينهما، فان الحكم هو الحل والصحة. وهما نقيضا الحرمة والبطلان، ولا يجوز بأي حال من الأحوال إهمال القيد الوارد في النص إذا كان معتبرا في الحكم.

حمل المطلق على المقيد

ما سبق كان بصدد حكم لفظ ورد مطلقاً فقط أو مقيداً فقط، ولكن ما الحكم إذا ورد لفظ في نص مطلقاً وفي نص آخر مقيداً ؟

الشقوقات المتصورة ثلاثة :

أ- حمل المطلق على المقيد واعتباره مقيداً والعمل بالنصين على أساس رعاية القيد.

ب- استقلال كُلٍ عن الآخر وإبقاء المطلق على إطلاقه، والمقيد على تقييده دون أن يتأثر أحدهما بالآخر.

جـ- حمل المقيد على المطلق واعتباره مطلقاً أيضاً والعمل بالنصين على أساس إلغاء القيد.

---

[١] م ١٤٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

[٢] سورة النساء/ ٢٣.

هذا الشق الأخير الذي ذهب إليه البعض[1] ليس قميناً بالبحث، لأنه رأي شاذ، والشقان الآخران يطبقان في ضوء إرجاع مدى صلة المقيد بالمطلق إلى صورة من الصور الأربع الآتية:

١- المطلق والمقيد متحدان في الحكم وفي السبب الذي بني عليه هذا الحكم.
٢- مختلفان في الحكم والسبب.
٣- متحدان في الحكم ومختلفان في السبب.
٤- مختلفان في الحكم ومتحدان في السبب.

الصورة الأولى/ وهي حالة اتحادهما في الحكم والسبب

ففيها يحمل المطلق على المقيد بالإجماع إذا كانا مثبتين ولم يكن تشريع المقيد متأخراً عن العمل بالمطلق[2].

وإذا كانا منفيين أو كان المقيد متأخراً عن العمل بالمطلق، فحمل المطلق على المقيد مختلف فيه، فالجمهور قالوا به وخالفهم البعض. فقالوا (يُعمل بهما إذا كانا منفيين)، ويُعتبر المقيد ناسخاً للمطلق إن تأخر عن العمل به، والراجح هو قول الجمهور.

تطبيقات هذه الصورة في القرآن الكريم

أن كلمة (دم) وردت مطلقة تارة ومقيدة بقيد (مسفوح) تارةً أخرى، قال سبحانه وتعالى **﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ﴾**[3]، وقال تعالى **﴿قُلْ لا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً﴾**[4] أي سائلاً ومتحولاً من مكانه الأصلي إلى مكان آخر.

فالمطلق والمقيد في هاتين الآيتين متحدان في الحكم وهو التحريم، ومتحدان في السبب وهو كون الدم مضرّا بصحة من يتناوله في حالة تعرضه للهواء خارج مستقره الأصلي، لأنه كما ثبت في الطب الحديث يعتبر أخصب وسط لنمو الجراثيم، إضافة إلى انه يحمل إفرازات

---

[1] لمزيد من التفصيل يراجع جمع الجوامع وشرحه ٢/٣.
[2] لمزيد من التفصيل يراجع الأمدي،الأحكام ٢/١٦٣.
[3] سورة المائدة/ ٣.
[4] سورة الأنعام/ ١٤٥.

سامة[١]، ولذلك اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن المراد من الدم مطلقاً في سورة المائدة هو الدم المسفوح، وان ما ورد في سورة الأنعام هو بيان لهذا المراد.

أما إذا لم يكن مسفوحاً بأن يتعاطاه الإنسان مع اللحم والعظم أو بأن يُسحب من جسم شخص إلى قنينة ومنها إلى شخص آخر، كما هو المتبع في المستشفيات في الوقت الحاضر،فإنه ليس محرماً، لأنه ثبت بالتجربة عدم مضرّة الدم في هذه الحالة، بل هو مفيد بحيث ينقذ حياة المريض أحياناً، والتحريم للمضرّة، والحكم يدور مع سببه وجوداً وعدماً.

من تطبيقات هذه الصورة أيضا في القانون الوضعي:

ما جاء في م١٢١ و م١٣٤ من القانون المدني العراقي، حيث ورد التغرير في م١٢١ مقيداً بقيد (الغبن الفاحش)[٢]، فالتغرير هو استعمال الطرق الاحتيالية لإيقاع شخص في الغلط أو لاستمراره على الغلط الذي وقع فيه بقصد حمله على التعاقد، ولا يعتبر وحده عيباً مستقلاً ما لم يترتب عليه غبن فاحش، وهو ما لا يدخل في تقويم المقومين.

وورد في م١٣٤[٣] مطلقاً عن هذا القيد، ولكن بما أن السبب في النصين واحد وهو التغرير، والحكم أيضا واحد وهو كون العقد موقوفاً (غير نافذ) غير منتج للآثار من الحقوق والالتزامات، يُحمل المطلق على المقيد ويُعتبر التغرير في هذه المادة أيضاً مقيداً بالغبن الفاحش. وبناء على ذلك لا يرد[٤] على المشرع العراقي انه خرج في م١٣٤ عن أصله في أن كلا من التغرير والغبن لا يُعتبر وحده عيباً مستقلاً من عيوب الرضا، كما هو الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي خلافاً للفقه الغربي.

---

[١] الإسلام والطب الحديث، الدكتور عبد العزيز إسماعيل نقلاً عن الأستاذ زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، ص٣١.

[٢] م١٢١/١ (إذا غرر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غبنا فاحشاً، كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون) ويكفي التغرير وحده في القانون المصري م ١٢٥ المتأثر بالمدني الفرنسي م ١١٦. وفي القانونين سبب لعدم لزوم العقد وجواز إبطاله من المدلس عليه.

[٣] م ١٣٤ /١ (إذا انعقد العقد موقوفا لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر، أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير كما له ان يُجيزه).

[٤] قال أستاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم (الموجز في شرح القانون المدني ٣٠٩/١) "ويلاحظ على المادة المتقدمة (م ١٣٤)، انها اعتبرت العقد موقوفا للتغرير فقط، وكان يجب ان تنص على اقترانه بالغبن الفاحش، فالقانون المدني العراقي كما سبق أن رأينا لم يعتبر التغرير لوحده عيبا من عيوب الرضا".

ومن الواضح أن هذا النقد غير وارد لصحة حمل المطلق على المقيد.

الصورة الثانية/ أن يختلف المطلق والمقيد في الحكم وسببه

وحكم هذه الصورة إجماع الفقهاء على عدم جواز حمل المطلق على المقيد لعدم وجود التعارض بينهما حتى يُرفع بالتقييد، ولعدم توافر أية صلة بينهما حتى يتأثر المطلق بالمقيد.

ومن تطبيقات هذه الصورة:

كلمة (يد) وردت في آية الوضوء لإقامة الصلاة مقيدة بقيد (المرافق) فقال سبحانه وتعالى ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ [١]، ووردت مطلقة في آية عقوبة السرقة في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [٢]، فهاتان الآيتان رغم ورودهما في سورة واحدة، إلاّ أن كل واحدة منهما عالجت حكماً لا صلة له بالحكم الموجود في الأخرى، فالحكم في آية الوضوء وجوب غسل اليد، وسببه التطهر لإقامة الصلاة، وفي آية عقوبة السرقة الحكم هو وجوب قطع يد السارق وسببه هو السرقة والاعتداء على مال الغير، وبناء على هذا الاختلاف الواضح لا يجوز للقاضي الجنائي أن يحكم بقطع يد السارق من المرفق بحجة حمل المطلق على المقيد، وإنما تقطع من الرسغ (المفصل ما بين الساعد والكف).

الصورة الثالثة والرابعة:

اختلف فيهما الفقهاء، فالجمهور على عدم حمل المطلق على المقيد فيهما لعدم التعارض حتى يُرفع بالحمل، في حين ذهب البعض إلى حمل المطلق فيهما على المقيد، كما في الصورة الأولى [٣].

من تطبيقات الصورة الثالثة في القرآن الكريم:

إطلاق الشاهد في شهود المداينة وتقييده بالعادل في شهود الطلاق والرجعة، ففي المداينة بدين مؤجل بعد أن أمر الله سبحانه بتسجيل الدين وتوثيقه في قوله ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ [٤]، قال زيادة

---

[١] سورة المائدة/ ٦.

[٢] سورة المائدة/ ٣٨.

[٣] على أساس أنه يكفي لهذا الحمل وحدة السبب فقط أو وحدة الحكم فقط. ولمزيد من التفصيل راجع المسودة لآل تيميه ص١٤٤.

[٤] سورة البقرة /٢٨٢.

للتوثيق ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [١]، ولم يشترط ظاهراً أن يكون هذان الشاهدان عادلين، بل ترك الأمر مطلقاً، فيشمل الشاهدين العادلين والشاهدين الفاسقين.

وفي سورة الطلاق بعد أن أمر أن يكون الطلاق وقت العدة أي في وقت تبدأ الزوجة بعد الطلاق مباشرة بالعدة، بأن لا تكون وقت الطلاق حاملاً ولا حائضاً، بل تكون في طهر لم يُعاشرها فيه، قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [٢]، وقال ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ[٣] فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ[٤] أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ[٥] وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾[٦]،أمر بأن يكون الشاهدان عادلين، واعتبر قيد العدل في صحة شهادة الطلاق أو الرجعة، في حين لم يعتبر هذا القيد في شهود المداينة، فمن اعتبر في الاعتداد بشهادتهم العدل، حمل المطلق في آية المداينة على المقيد في آية الطلاق أو الرجعة، سواء اعتبرت الشهادة مستحبة كما هو رأي الجمهور أم واجبة، كما هو رأي الظاهرية.

ومن الواضح أن السبب في كل من المطلق (شهود المداينة) والمقيد (شهود الطلاق أو المراجعة) مختلف، ففي المطلق السبب هو المداينة إلى اجل مسمى لاستبعاد المنازعات والخصومات بين الدائنين والمدينين.

وفي المقيد السبب هو الطلاق كما قال بعض الفقهاء، والرجعة كما قال البعض الآخر، وحكمة اشتراط الإشهاد ألاّ يقع بين الزوجين التجاحد، وألاّ يُتهم الزوج بإمساكه دون علاقة زوجية، ولئلا يدعي الباقي منهما على قيد الحياة بعد موت الآخر ثبوت الزوجية ليرث منه. والحكم في كل من المطلق والمقيد واحد وهو وجوب الإشهاد كما قال البعض، وندبه كما قال الجمهور.

الصورة الرابعة:

أن يتحد السبب ويختلف الحكم في كل من المطلق والمقيد، وقد اختلف الفقهاء في حمل المطلق على المقيد في هذه الحالة، ويبدو أن أكثر الفقهاء يميلون إلى عدم الحمل وإبقاء المطلق

---

[١] سورة البقرة/ ٢٨٢.
[٢] سورة الطلاق/ ١.
[٣] أي قاربن من انقضاء العدة.
[٤] أي المراجعة بالمعروف.
[٥] أي اتركوهن حتى تنقضي عدتهن فيملكن أنفسهن أو طلقوهن.
[٦] سورة الطلاق/٢.

على إطلاقه والمقيد على تقييده، دون أن يتأثر المطلق بالمقيد لاختلاف الحكم، وبالتالي لعدم التعارض بينهما حتى يُرفع بالحمل.

ومن تطبيقات هذه الصورة في القرآن الكريم:

أن الله سبحانه وتعالى أمر بغسل الوجه واليدين إلى المرفقين عند إقامة الصلاة إذا وجِد الماء زائداً عن حاجة الإنسان له، وفي حالة لا يضر استعماله بصحة الإنسان، كما في ظرف الجو البارد، أو في حالة المرض، أو عند وجود جرح أو كسر في اليد، وفي حالة وجود عذر من هذه الأعذار أمر بالتيمم، فقال ﴿**يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذا قُمْتُمْ إلى الصَّلاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إلى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إلى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُباً فَاطَّهَّرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً[١] فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ**﴾[٢]. ففي هذه الآية كما هو واضح قيّد غسل اليد بأن يشمل المرفق، بخلاف التيمم فلم يشترط قيد (المرفق) بل ترك الأمر مطلقاً، فالسبب في المطلق والمقيد واحد وهو إقامة الصلاة ولكن الحكم يختلف وهو وجوب الغسل في المقيد ووجوب المسح في المطلق.

وبعد هذا العرض يمكن أن نستنتج الخلاصة الآتية :

إذا كان كل من الحكم والسبب واحداً في كليهما، يجب حمل المطلق على المقيد، وإذا كان كل منهما مختلفا في كليهما لا يجوز الحمل، وفيما عدا هاتين الصورتين، يُترك الأمر لتقدير القاضي. ولكن القاضي في بعض الحالات مُلزم بحمل المطلق على المقيد، رغم عدم اتحاد السبب والحكم معاً، إذا رأى أن العدالة تقتضي ذلك، كما في م٨ و م٩ من قانون الأحوال الشخصية العراقي[٣]، ففي م٨ منع الولي من **تزويج موليته منعاً غير مبرر بما هو جدير بالاعتبار** يجعله عاضلاً، فيكون سبباً لانتقال الولاية إلى القاضي، كما هو رأي فقهاء الشريعة[٤]. وفي م٩[١] امتناع الولي يكون سبباً لعقوبة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث

---

[١] أي ترابا نظيفا

[٢] سورة المائدة/ ٦

[٣] المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل

[٤] نص الفقرة الأولى من المادة الثامنة (إذا طلب من اكمل الخامسة عشر من العمر الزواج، فللقاضي أن يأذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي. فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له،فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار،أذن القاضي بالزواج).

سنوات أو بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا كان قريباً من الدرجة الأولى، فالسبب في النصين واحد وهو منع الولي من تزويج موليته، والحكم فيهما مختلف لأنه في م٨ انتقال الولاية إلى القاضي، وفي م٩ حكم القاضي بالعقوبة، والمنع (أو الاعتراض) ورد في النص الأول مقيداً بقيد (غير جدير بالاعتبار)، ومفهوم مخالفته أن المنع إذا كان مبرراً بما هو جدير بالاعتبار لا تنتقل الولاية إلى القاضي، وبالتالي لا يحق له الإذن بالزواج، وورد المنع في النص الثاني مطلقاً عن هذا القيد، ورغم ذلك على القاضي أن يُقيد به، فلا يحق له أن يحكم بالعقوبة إذا كان المنع مبرراً بما هو جدير بالاعتبار، كأن يكون الزوج غير كفء للبنت، أو أن الزواج يُضر بمصلحتها أو بسمعة العائلة.

تكييف تقييد المطلق

اختلف الأصوليون كما ذكرنا في تكييف التقييد، هل هو بيان للمراد من المطلق، أو تأويل أو نسخ.

أ- قال الحنفية والشافعية (إذا تأخر المقيد عن العمل بالمطلق يكون ناسخا) بل ذهب الحنفية إلى ابعد من ذلك فقالوا (إذا تأخر زمن تشريعه يكون ناسخاً للإطلاق وان لم يُعمل به قبل النسخ).

ب- قال المالكية (التقييد تأويل[2]، والتأويل هو العدول من المعنى الراجح إلى المعنى المرجوح لدليل في لفظ يحتمل معنيين يكون راجحاً في أحدهما ومرجوحاً في الآخر).

---

[1] نص الفقرة الأولى والثانية من المادة التاسعة:

١- لا يحق لأي من الاقارب أو الاغيار إكراه أي شخص ذكرا كان ام انثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلا، إذا لم يتم الدخول، كما لا يحق لأي من الاقارب أو الاغيار منع من كان أهلاً للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج.

٢- يُعاقب من خالف أحكام الفقرة (١) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريبا من الدرجة الأولى، أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء، فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.

[2] قال التلمساني المالكي، مفتاح الوصول في علم الأصول، ص ١٠٧ (التأويل الثامن التقييد). قارن أصول السرخسي ١/١٢٨ وما بعدها.

جـ- وقال جمهور الأصوليين (التقييد بيان للمعنى المراد من المطلق كما أن التخصيص بيان للعام، فالشارع إذا لم يرد بالمطلق إطلاقه، يذكره في مجال آخر مقيداً إشعاراً بأن المراد من المطلق هو المقيد أيضاً).

وترتب على هذا الاختلاف الأصولي اختلاف الفقهاء في أحكام فقهية فرعية كثيرة، منها الاختلاف في حكم الطمأنينة، هل هي فرض من فروض الصلاة أو هي من سننها؟.

وقال أبو حنيفة وصاحبه محمد –ووافقهما الإمام مالك والأوزاعي- الركوع والسجود من الألفاظ الخاصة الدالة على المعنى دلالة قطعية، فالأول موضوع للميل من الاستواء وهذا يتأتى بالانحناء، والثاني موضوع لوضع الجبهة أو الرأس على الأرض، ولو كانت فرضاً للزم نسخ القرآن -وهو دليل قطعي- بحديث الآحاد -وهو دليل ظني- واللازم باطل فكذلك الملزوم.

دليل الملازمة أن المطلق والمقيد متعارضان فيرفع التعارض بنسخ الثاني لإطلاق الأول.

ودليل البطلان أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مساوياً له في الثبوت والقوة الإلزامية. فنسخ القرآن بحديث الآحاد يؤدي إما إلى رفع درجة حديث الآحاد إلى مرتبة القرآن،أو إنزال مرتبة القرآن إلى درجة حديث الآحاد وكلاهما باطل والمستلزم للباطل باطل.

والراجح في رأينا المتواضع: أن تقييد النص الخاص المطلق في القرآن بزيادة في حديث الآحاد بيان وليس نسخاً ولا تأويلاً للأسباب الآتية:

١- النسخ في القرآن إلغاء وحي سابق بوحي لاحق وهذا لا ينطبق على الزيادة على النص الخاص.

٢- الزيادة تجتمع مع المزيد عليه وتقترن به، في حين أن الناسخ والمنسوخ لا يجتمعان ولا يقترنان.

٣- محل حكم الناسخ والمنسوخ يجب أن يكون واحداً، وهذا لا يتحقق في الزيادة على النص الخاص المطلق وتقييده بها.

٤- الركوع والسجود في قوله تعالى ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [1]، لم يُقصد بهما معناهما اللغوي وإنما أراد الله بهما

---

[1] سورة الحج/ ٧٧

معناهما الشرعي وهو الميلان من الاستواء مع الطمأنينة، ووضع الجبهة على الأرض مع الطمأنينة، وبذلك اصبحا من المجمل فبيّنهما الرسول ﷺ [1].

---

[1] عن أبي هريرة ﷺ ان رسول اللّه ﷺ دخل المسجد فدخل رجل فصلى، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال (ارجع فصل فانك لم تُصل، فرجع فصلى كما صلى، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال ارجع فصلِ فانك لم تُصل، فرجع فصلّى كما صلّى، ثم جاء فسلّم على النبي ﷺ، فقال ارجع فصلّ فإنك لم تصلّ، فقال والذي بعثك بالحق ما أُحسن غيره، فعلّمني، فقال: إذا قمت إلى الصلاة فكبّر ثم إقرأ ما تيسر معك من القرآن، ثم اركع حتى تطمئنّ راكعاً، ثم ارفع حتى تعتدل قائماً، ثمّ اسجد حتى تطمئنّ ساجداً، ثمّ ارفع حتى تطمئنّ جالساً، ثم اسجد حتى تطمئنّ ساجداً، ثم افعل ذلك في الصلاة كلها). متفق عليه، نيل الأوطار ٢/٢٩٤.

المبحث الثاني
العام، صيغه، وتخصيصه

نتناول دراسة الموضوع في مطلبين زيادة للإيضاح:

المطلب الأول
العام وأنواعه

العام في اللغة بمعنى الشامل، يُقال مطر عام أي شامل.

وفي اصطلاح الأصوليين عُرِّف بتعريفات مُختلفة في التعابير[١] ولكنها متفقة على مضمون واحد وهو أن العام: (لفظ موضوع لمعنىً واحد، بحيث يشمل جميع ما من شأنه أن يندرج تحته من الأفراد دفعة واحدة، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك).

ورغم أن علماء الأصول أرادوا بالعام ما ذكرنا، إلا أن تعريفاتهم له اقتصرت على تعريف العموم اللغوي، ولم يتطرقوا للنوعين الآخرين (العرفي والعقلي) إلا بالمناسبات وفي غير محلهما، كما في عموم المقتضى ومفهوم الموافقة وعموم العلة، ولذا فإن التعريف الذي أقترح أن يؤخذ به هو: ((أن العام هو ما يستغرق الصالح له دفعة واحدة، لغةً أو عرفاً أو عقلاً)).

أقسام صيغ العموم:

تنقسم صيغ العموم إلى أقسام متنوعة باعتبارات مختلفة أهمها ما يلي:

أولاً - من حيث مصدر دلالتها على العموم:

تنقسم إلى اللغوية والعرفية والعقلية[١].

---

[١] لمزيد من التفصيل راجع ابن السبكي، جمع الجوامع وشرحه ١/١٣٩٨.

١- العام اللغوي: لفظ وضع لمعنى (قدر)، مشترك بين ما يندرج تحته من الأنواع إن كان جنساً والأصناف إن كان نوعاً والأفراد إن كان صنفاً والأجزاء إن كان كُلاً.
ومن الصيغ الدالّة على العموم على أساس الوضع اللغوي: (كل، وجميع، وكافة، وعامة، وقاطبة، ومعشر، ومعاشر، والرجال، والنساء، والأموال، والأزمنة، والأمكنة، والمجرمون،،،) وغير ذلك من الألفاظ التي حين وضَعَها أهل اللغة العربية راعوا فيها الدلالة على العموم والشمول لكل ما يندرج تحتها، ومنها أسماء الشرط والموصولات.

٢- العام العرفي: هو لفظ نقله أهل العرف الشرعي والقانوني أو غيرهما من معناه اللغوي واستعمله في معنى أعم منه بحسب العرف، وتكرر استعماله فيه حتى أصبح حقيقة عرفية.
ومن الصيغ الدالة على العموم بحسب العرف دون اللغة لفظ (أكل) ومشتقاته، كما في قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾[2]، وقوله تعالى ﴿وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[3]، وقوله تعالى ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[4]، فمادة (أكل ومشتقاتها) في هذه الآيات وغيرها معناها اللغوي واضح، ولكن لم يرد الشارع هذا المعنى اللغوي، وإنما أراد ما هو أعم منه بحسب العرف، وهو أن كل إتلاف لمال الغير وحقه، وكل تجاوز عليه بدون مبرر شرعي، حرام على الإنسان، كحرمة الأكل بالمعنى اللغوي بدون إذن صاحبه وبدون حق.

٣- العام العقلي: وهو دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً، ومن صيغه كلمة (أفّ) في قوله تعالى ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾[5]، وهذه الكلمة

---

[1] لمزيد من التفصيل راجع الإمام فخر الدين الرازي، المحصول في علم الأصول، ج ١/ق٢، ص ٥١٦.
[2] سورة النساء/ ١٠.
[3] سورة البقرة/ ١٨٨
[4] سورة النساء/ ٢٩.
[5] سورة الاسراء/ ٢٣.

تنبئ لغة عن التضجر والاستثقال أو صوت ينبئ عن ذلك، ولكن الله لم يرد هذا المعنى اللغوي عند أكثر علماء الأصول[1]، إنما أراد ما هو أعم منه عقلاً وهو كل تصرف قولي أو فعلي من الولد يؤذي قلب والديه ويُعتبر تجاوزاً منه حدود الاحترام والتكريم لهما.

وجدير بالذكر أن كل ما يجري فيه القياس فهو من باب العموم العقلي، والصيغ الدالة على العموم عقلاً هي التي تنبئ عن علل أحكامها، فتدل دلالة عقلية على العموم أي على أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، وهذا العموم يكون عادة في المجالات التي يجري فيها القياس[2]، فكل من القياس ومفهوم الموافقة والعام العقلي يُعطي معنى واحداً وهو أن الحكم يتحقق متى تحققت العلة.

ومن القواعد الأصولية المتفق عليها أن الحكم يطبق في كل مجال تتحقق فيه علته ويوقف العمل به إذا تخلفت العلة، فهذا العموم يؤخذ من النص عن طريق العقل المستند إلى هذه القاعدة العامة.

ثانيا - من حيث هيأتها وتركيبها

تنقسم صيغ العموم اللغوي إلى عام بصيغته ومعناه، وإلى عام بمعناه دون صيغته.

١- العام بصيغته ومعناه: هو كل ما كان لفظه من صيغ الجمع سواء أكان جمع مذكر

---

[1] وحمل البعض لفظ (اف) على المعنى اللغوي المذكور وقاس عليه غيره من كافة التصرفات المؤذية الاخرى في التحريم بجامع علة مشتركة وهي الإيذاء والأخذ بالعموم العقلي افقه من القياس.

[2] فالمراد بالذهب والفضة في قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلاَ يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴾سورة التوبة/ ٣٤، هو كل عملة ورقية ومعدنية حلت محلهما في التعامل الدولي والداخلي واكتسبت القوة الشرائية، ووجه هذا العموم أن عقل المجتهد أو القاضي يستنبط من هذه الاية الكريمة أن علة تحريم الكنز هي المضرة الاقتصادية والاجتماعية التي تلحق بالمصلحة العامة في المجتمع بسبب الكنز، ولا يختلف الذهب والفضة عن غيرهما من كل عملة متداولة في جميع دول العالم في هذه العلة. ومن الجدير بالذكر أن العموم في مثل هذه المسألة يرجع الى القياس عند بعض أو الى مفهوم النص عند بعض، وكل من هذين الاتجاهين يرجع الى العموم العقلي، لان العقل يُدرك العلة ويقضي بعموم الحكم، أيا كانت التسمية. في التحرير لابن همام، ص٩٤ (إذا علل –أي الشارع– حكما عم في مجالها بالقياس، وقيل بالصيغة).

سالم أم جمع مؤنث سالم أم جمع تكسير، وسواء أكان جمع التكسير جمع القلة أم جمع الكثرة، فالعموم في هذه الصيغ صفة الألفاظ والمعاني معاً.

٢- العام بمعناه دون صيغته: عبارة عما عدا صيغ الجمع من الأسماء التي تفيد العموم لذاتها أو لغيرها، مثل الأسماء الموصولة وغيرها مما يأتي بيانها في التقسيم الآتي. فالعموم في هذه الصيغ وأمثالها وفي العموم العرفي صفة المعاني.

وأما العموم العقلي فليس صفة للألفاظ ولا للمعاني وإنما هي صفة العلة ودوران الحكم معها.

ثالثاً - من حيث الاستعمال

تنقسم صيغ العموم إلى ثلاثة أقسام:

١- قسم يُستعمل لذوي العقول (الإنسان) ولا يُستعمل لغيرهم إلا قليلاً، ومن هذا القسم (من) و(الذين) و(اللاتي)، كما في قوله تعالى ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا﴾[1]، وقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[2]، وقوله تعالى ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾[3]. وكما في (م٤٧) من قانون العقوبات العراقي: (يعد فاعلاً للجريمة من ارتكبها وحده أو مع غيره)، وقد يستعمل لفظ (من) للعاقل وغيره معا كما في قوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ يَسْجُدُ مَن فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾[4].

٢- قسم يُستعمل لغير ذوي العقول أي للكائنات الحية ماعدا الإنسان وللجمادات، ولا يُستعمل لذوي العقول إلا قليلاً[5]، مثل (ما) كما في قوله تعالى ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً ﴾[6]. وكما في (م٧٥٠/١) من القانون المدني العراقي: (على المؤجر إصلاح وترميم ما حدث من خلل في المؤجر أدى إلى إخلال في المنفعة المقصودة منه).

---

[1] سورة فصلت/ ٤٦.

[2] سورة البقرة/ ٢٣٤.

[3] سورة النساء/ ٣٤.

[4] سورة الرعد/ ١١٥.

[5] كما في قوله تعالى﴿ فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ ﴾ النساء/٣.

[6] سورة البقرة/ ٢٩. لمزيد من التفصيل يراجع الاحكام للامدي ٢/٥٥.

٣- قسم يُستعمل لذوي العقول وغيرهم من الكائنات مثل (أي) و(كل) و(جميع)، ومن استعمال (أي) لذوي العقول قوله تعالى ﴿الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلاً﴾[1] ومن استعمالها لغير ذوي العقول قوله تعالى﴿وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ﴾[2]، وقد وردت كلمة (أي) لكليهما في (م١/٣٧٨) من قانون العقوبات العراقي: (لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين، أو اتخاذ أي إجراء فيها إلا بناءً على شكوى الزوج الآخر)[3].

رابعاً - من حيث الظرفية والحال

إما لعموم الزمان، مثل: متى ومتى ما؟

أو لعموم المكان، مثل: أين وأينما.

أو لعموم الأحوال، مثل: كيف وكيفما.

خامساً - من حيث المراد:

أ- عام لا يُراد به إلا العموم، وهو عام في ظاهره ولا يقبل التخصيص لكونه متعلقاً بنظام كوني وسنن إلهية ثابتة لا تتغير ولا تتبدل، كما في قوله تعالى ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي الأَرْضِ إِلاَّ عَلَى اللّهِ رِزْقُهَا وَيَعْلَمُ مُسْتَقَرَّهَا وَمُسْتَوْدَعَهَا كُلٌّ فِي كِتَابٍ مُّبِينٍ﴾[4]. وقوله تعالى ﴿وَلِكُلِّ أُمَّةٍ أَجَلٌ فَإِذَا جَاء أَجَلُهُمْ لاَ يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَلاَ يَسْتَقْدِمُونَ﴾[5]. وقوله تعالى ﴿وَلِلّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الأَرْضِ وَكَانَ اللّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ مُّحِيطاً﴾[6].

ب- عام أريد به الخاص، وهو أن ترد صيغة عامة أريد بها فرد واحد، أو أمر خاص، دون الإستغراق والشمول، ويُعرف مقصد الشارع من سياق النص، أو من القرائن، كأسباب النزول، كما في قوله تعالى ﴿الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُواْ لَكُمْ

---

[1] سورة الملك/ ٢.

[2] سورة لقمان/ ٣٤.

[3] فكلمة (أي) في هذه المادة تارة استعلمت لذي العقل وهو أحد الزوجين وأخرى لغيره وهو الإجراء.

[4] سورة هود : ٦.

[5] سورة الأعراف : ٣٤.

[6] سورة النساء : ١٢٦.

﴿فَاخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَاناً وَقَالُواْ حَسْبُنَا اللّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾[١]. والمراد بالناس (نعيم بن مسعود)[٢]. وقوله تعالى **﴿أَمْ يَحْسُدُونَ النَّاسَ عَلَى مَا آتَاهُمُ اللّهُ مِن فَضْلِهِ﴾**[٣]. ولفظ (الناس) عام اريد به الخاص، وهو سيّدنا محمدﷺ.[٤]

ج- خاص أُريد به العام، كما في قوله تعالى **﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾**[٥]. أي في وقت تبدأ العدة مباشرة، بأن لا تكون الزوجة في حيض أو نفاس أو طُهر عاشرها الزوج فيه، والمراد بالنبي هو كل أنسان يريد أن يطلق زوجته لسبب من الأسباب. وكما في قوله تعالى **﴿ لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ وَلَتَكُونَنَّ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾**[٦]. والخطاب في هذه الآية موجه إلى كل إنسان يختار سلوك الشرك، نعوذ بالله، لأن الرسولﷺ بعيد عن هذا المسلك.

د- تخصيص كل عام لم يكن عمومه مراداً من الشارع، كما يأتي تفصيل ذلك في محله.

سادساً - من حيث ذاتية العموم وعرضيته قسمان:

القسم الأول- الصيغ التي تدل على العموم لذاتها:

منها أسماء الشرط والأسماء الموصولة والأسماء المؤكدة:

١- أسماء الشرط: هي التي تتضمن معنى الشرط وهي تنقسم إلى: اسم مبهم، وظرف زمان وظرف مكان.

أ- من أسماء الشرط المبهمة الدالة على العموم لذاتها (من)[٧] و(ما)

---

[١] سورة آل عمران : ١٧٣.

[٢] هو نعيم بن مسعود بن عامر الأشجعي (أبو سلمة) صحابي مشهور، أسلم ليالي خندق، وهو الذي أوقع الخلاف بين قريظة وغطفان في وقعة خندق، فخالف بعضهم بعضاً، وسكن المدينة، وتوفي في بداية خلافة علي بن أبي طالب، في وقعة الجمل. وقيل توفي في خلافة عثمان.. يُنظر الإصابة ٣/٥٦٨.

[٣] سورة النساء : ٥٤.

[٤] تفسير البغوي (معالم التنزيل) الحسن بن مسعود البغوي، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ، ص٢٦٠.

[٥] سورة الطلاق : ١.

[٦] سورة الزمر : ٦٥.

[٧] لمزيد من التفصيل راجع البرهان لامام الحرمين ١/٣٦٠.

الشرطيتان[١]، كما في قوله تعالى ﴿مَن يَعْمَلْ سُوءاً يُجْزَ بِهِ﴾[٢] وقوله تعالى ﴿وَمَا تَفْعَلُواْ مِنْ خَيْرٍ يَعْلَمْهُ اللّهُ﴾[٣]، وكما في (م٤٠٥) من قانون العقوبات: (من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت).

ب- أسماء الشرط لعموم الزمان مثل (متى).

جـ- أسماء الشرط[٤] لعموم المكان مثل (أينما)، كما في قوله تعالى ﴿ أَيْنَمَا تَكُونُواْ يُدْرِككُّمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنتُمْ فِي بُرُوجٍ مُّشَيَّدَةٍ ﴾[٥].

د- وقد تأتي أسماء الشرط لعموم الأحوال كما في قوله تعالى ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ ﴾[٦]، أي كيف شئتم في جميع الأحوال[٧]، وليس لعموم المكان بدليل كلمة (حرث)، وبدليل الآية السابقة على هذه الآية وهي قوله تعالى ﴿ فَاعْتَزِلُواْ النِّسَاء فِي الْمَحِيضِ وَلاَ تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىَ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللّهُ﴾[٨].

٢- الأسماء الموصولة: الموصولات من صيغ العموم سواء كانت الصيغة على هيئة الجمع أو التثنية أو المفرد، ومن هذه الصيغ:

أ- من: وهي كما تكون اسم شرط تفيد العموم كذلك تكون موصولة مفيدة للعموم كما في قوله تعالى ﴿ فَأَمَّا مَن طَغَى وَآثَرَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا فَإِنَّ الْجَحِيمَ هِيَ الْمَأْوَى وَأَمَّا مَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَى فَإِنَّ الْجَنَّةَ هِيَ الْمَأْوَى﴾[٩]، وكما

---

[١] فعندئذ يجزم كل منهما فعلين على أساس أن احدهما شرط والاخر جواب شرط.

[٢] سورة البقرة/ ١٢٣.

[٣] سورة البقرة/ ١٩٧.

[٤] لمزيد من التفصيل راجع المسودة لآل تيميه.

[٥] سورة النساء/ ٧٨.

[٦] سورة البقرة /٢٢٣.

[٧] أي قياما وقعودا أو اضطجاعا ومن الخلف في قبلها لا في دبرها، فهذا الذي اجمع علماء المسلمين عليه، لكن اشتبه الامر على بعض الناقلين فخلط عليهم الغالط اقبح الغلط ، وفسره بعمل قوم لوط. وقد قال تعالى﴿ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللّهُ ﴾ البقرة/٢٢٢. فما جاء في كتاب اختلاف الفقهاء للطبري من أن الشافعي اباح اللواطة مع الزوجة خطأ وخلط وسوء فهم.

[٨] سورة البقرة /٢٢٢.

[٩] سورة النازعات/ ٣٧-٤١. لمزيد من التفصيل راجع الرازي، المحصول ١/٥٩٩.

في القاعدة القانونية: (الدولة وارثة لمن لا وارث له).

ب- ما: وهي كما تكون اسم شرط تفيد العموم، كذلك تفيده إذا كانت موصولة كما في قوله تعالى ﴿ كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَلَا تَطْغَوْا فِيهِ فَيَحِلَّ عَلَيْكُمْ غَضَبِي﴾[1]، وكما في (م١٠/٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي: (يُدون ما تضمنه البيان في السجل ويوقع بإمضاء العاقدين أو بصمة إبهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة بالزواج).

جـ- (أي) و(أية)[2] كما في قوله تعالى ﴿ آبَآؤُكُمْ وَأَبناؤُكُمْ لاَ تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعاً ﴾[3]، وقوله تعالى ﴿ إِنَّا جَعَلْنَا مَا عَلَى الْأَرْضِ زِينَةً لَّهَا لِنَبْلُوَهُمْ أَيُّهُمْ أَحْسَنُ عَمَلاً﴾[4]. وكما في (م٤٧/٣) من قانون العقوبات (يعد فاعلاً للجريمة من دفع بأية وسيلة شخصاً على تنفيذ الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الشخص غير مسؤول جزائياً عنها لأي سبب)، و(م٤٨/٣) (يعد شريكاً في الجريمة من أعطى الفاعل سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة، مع علمه بها أو ساعده عمداً بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها).

د- وغير ذلك من بقية الأسماء الموصولة وهي تفيد العموم لذاتها ما لم يقم دليل على خلاف ذلك[5]. وكما في (م ٨٥٤) من القانون المدني (يجوز للمستعير أن يودع العارية في كل موضع يملك فيه الإعارة، فان هلكت عند الوديع بلا تعديه

---

[1] سورة طه/٨١

[2] أي بفتح الهمزة وتشديد الياء، تستعمل للمذكر والمؤنث والمفرد والجمع وذي العقل وغيره.
قال ابن مالك في ألفيته:
أيٌّ كما وأُعربت ما لم تُضف   وصدر وصلها ضمير انحذف

[3] سورة النساء/ ١١

[4] سورة الكهف/ ٧.

[5] يرى البعض كالسمرقندي، ميزان الأصول، ص٢٧٣ (أن الاسماء الموصولة – التي تسمى الاسماء المبهمة – لانها لاتفهم بذواتها وانما تفهم بصلاتها، تكون عامة بغيرها أي بصلتها وعلى سبيل المثل قول رسول الله: (من دخل دار ابي سفيان فهو آمن)، اخرجه ابو داود، باب ما جاء في خبر مكه ١٦٠/٣، انما يعم بعموم صلته وهي الدخول فكأنه قال: (الداخل في دار ابي سفيان آمن).

فلا ضمان، ولا يجوز له الإيداع في جميع المواضيع التي لا يملك فيها الإعارة، فإن أودعها فهلكت عند الوديع فعلى المستعير ضمانها)[١].

٣- الأسماء المؤكدة : مثل (**جميع واجمع واجمعون و جمعاء وأكتع وكافة وقاطبة وكل**)[٢] .

القسم الثاني- الصيغ التي تفيد العموم لغيرها:

ما ذكرناه من الصيغ كانت دلالتها على العموم لذاتها، وهنا صيغ أخرى تفيد العموم بوساطة ما ينضم إليها من (أل) الاستغراق، أو الإضافة إلى المعرفة أو الوقوع في حيز النفي أو النهي أو الشرط أو وصف عام أو غير ذلك، ومن هذه الصيغ ما يلي:

أ- **الجمع المحلى بال الاستغراق** سواء كان جمع مذكر سالم أو جمع مؤنث سالم أو جمع تكسير، ومن جمع المذكر السالم صيغ (الكاظمين، العافين، المحسنين) في قوله تعالى **﴿الَّذِينَ يُنفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاظِمِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾**[٣]، ومن المؤنث السالم (المحصنات) في قوله تعالى **﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾**[٤]، ومن جمع التكسير (الرجال والنساء) في قوله تعالى **﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾**[٥].

ولقد تضمنت (م١١١٥) من المدني العراقي الأنواع الثلاثة (البحيرات، الأنهر، المجاورين)، فنصت على أن ﴿ الأرض التي ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو الأنهر تكون ملكا خاصا للدولة، وللمجاورين حق أخذها ببدل المثل ﴾، وغير ذلك من الأمثال[٦].

---

[١] في هذه المادة ثلاث صيغ للعموم وهي: (كل موضع) و(فلا ضمان) و(جميع المواضيع).

[٢] لمزيد من التفصيل ينظر مؤلفنا اصول الفقه في نسيجه الجديد ص٣٣٩.

[٣] سورة آل عمران/ ١٣٤.

[٤] سورة النور/ ٤.

[٥] سورة النساء/ ٧.

[٦] لمزيد من التفصيل راجع التمهيد للاسنوي، ص ٣١٠.

ب- **الجمع المضاف إلى المعرفة** مثل (أولادكم) في قوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾[1]، ومثل (أموال الغائب) في (م٩٧)[2] ﴿تعاد أموال الغائب أو المفقود إليه عند حضوره﴾.

ج- **الصفة المعرفة بال الاستغراق** مثل (الزانية والزاني) في قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾[3]، ومثل (السارق والسارقة) في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾[4]. ومثل (الحاكم) في قول الرسولﷺ : (إذا حكمَ الحاكمُ فاجتهدَ ثم أصابَ، فله أجرانِ. وإذا حكمَ فاجتهدَ ، ثم أخطأ ، فله أجرٌ)[5]، وغير ذلك.

د- **المفرد المضاف إلى المعرفة** مثل (مطل الغني) في قول الرسولﷺ : (مطل الغني ظلم)[6]، ومثل (نفقة الزوجة) في (م٢٤/١)[7]: ﴿تعتبر نفقة الزوجة غير الناشز ديناً في ذمة زوجها من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق﴾[8].

هـ- **النكرة** إذا وقعت في إحدى الحالات الآتية:

١- إذا وقعت **في حيز النفي**[9] مثل: (ضرر، ضرار، نكاح، وصية) في هذه

---

[1] سورة النساء /١١.

[2] رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

[3] سورة النور/ ٢.

[4] سورة المائدة/ ٢٨.

[5] صحيح مسلم ١٧١٦

[6] أخرجه الإمام احمد في مسنده عن ابن عمر ٧١/٢. وفي رواية (لَيُّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته)، أي يجيز ذكره بما يدل على الذم وعقوبته اي حبسه. اخرجه الإمام احمد من حديث عمرو بن الشريد ٢٢٢/٤.

[7] من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م.

[8] لمزيد من التفصيل راجع روضة الناظر وجنة المناظر، ص ١١.

[9] في التمهيد، ص٣١٨. النكرة في سياق النفي تعم سواء باشرها النفي مثل (ما احد قائما)، أو باشرها عاملها مثل (ما قام احد)، وسواء كان النافي (ما) أو (لم) أو (لن) أو (ليس) أو غيرها، وان الاسم إذا كان مبنيا على الفتح كان نصا في العموم مثل (لا احد في الدار). وفي المحصول للرازي،٥٦٤/١ (لو لم تكن النكرة في النفي للعموم لما كان قولنا: (لا اله الا الله) نفيا لجميع الالهة سوى الله تعالى).

الأحاديث: (لا ضرر ولا ضرار)[١]، (لا نكاح إلا بولي)[٢]، (إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)[٣]، ومثل (جريمة، عقوبة) في (م٢١/ب) من الدستور العراقي المؤقت: ﴿لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون﴾.

٢- إذا وقعت في حيز النهي مثل (قوم، نساء) في قوله تعالى ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ عَسَى أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ عَسَى أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِنْهُنَّ﴾[٤].

٣- إذا وقعت في حيز الشرط[٥] مثل (فاسق) في قوله تعالى ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾[٦]، في هذا النص القرآني توجيه مهم إلى المحققين والقضاة، وبصورة خاصة في القضايا الجنائية فعليهم أن يتحلوا بالصبر والتأني والنزاهة، وعدم التسرع في اتخاذ الإجراءات غير السليمة المستندة إلى أخبار المخبرين الفاسقين، فمن الضروري عدم الاعتماد على كل تقرير يقدم إلى الجهات المسؤولة إلا بعد التأكد من صحته بأدلة وقرائن أخرى.

ومثل (أحد) في قوله تعالى ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ﴾[٧].

٤- إذا وصفت بوصف عام مثل(قول وصدقة) كل منهما موصوف بالصفة التي تليها في قوله تعالى ﴿قَوْلٌ مَعْرُوفٌ وَمَغْفِرَةٌ خَيْرٌ مِنْ صَدَقَةٍ يَتْبَعُهَا أَذًى﴾[٨].

٥- إذا وقعت في سياق الاستفهام الإنكاري مثل قوله تعالى ﴿هَلْ تَعْلَمُ لَهُ سَمِيًّا﴾[١]، وقوله تعالى ﴿ هَلْ تُحِسُّ مِنْهُم مِّنْ أَحَدٍ أَوْ تَسْمَعُ لَهُمْ رِكْزاً ﴾[٢].

---

[١] المراد النهي عنهما لا نفيهما لوقوعهما.
[٢] صحيح، رواه الإمام أحمد، كشاف القناع، ٤٨/٥.
[٣] حسن، رواه الإمام أحمد، بلوغ المرام، ٢٨٦.
[٤] سورة الحجرات/ ١١.
[٥] في التمهيد، ص٣٢٤ (النكرة في سياق الشرط تعم والمراد بالشرط هو الشرط اللغوي أي الجملة المصدرة بأداة من أدوات الشرط مثل (إن) و(إذا).
[٦] سورة الحجرات/ ٦.
[٧] سورة التوبة /٦.
[٨] سورة البقرة /٢٦٣.

طبيعة دلالة العام:

هل دلالة العام على شمول حكمه لكل ما يندرج تحته من الأفراد ظنية أو قطعية؟

أ- لا خلاف في قطعية دلالته عند وجود قرينة دالة عليها كما في قوله تعالى ﴿لِتَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ وَأَنَّ اللَّهَ قَدْ أَحَاطَ بِكُلِّ شَيْءٍ عِلْمًا﴾[٣].

فالعقل السليم يحكم بقطعية دلالة هذه الآية على أن الله قادر على كل شيء ممكن وعالم بكل شيء بقرينة أن خلاف ذلك نقص لله تعالى وهو منزه عن كل نقص.

ب- لا خلاف في قطعية دلالته على ما يندرج تحته من الحد الأدنى وهو ثلاثة أو اثنان على الخلاف في اقل الجمع.

جـ- لا خلاف في ظنية دلالته بعد التخصيص، فدلالته على ثبوت حكمه للباقي بعد إخراج البعض بالتخصيص ظنية، لان بابه قد فتح فيحتمل تخصيصا آخر[٤]، إنما الخلاف فيما عدا تلك الحالات كالآتي:

١- قال جمهور العلماء من الأصوليين والفقهاء: (أن دلالته ظنية لأنه ما من عام إلا وهو قابل للتخصيص، ولإخراج بعض أفراده من الحكم بدليل شرعي ما لم يقم دليل على خلاف ذلك كما في الحالات المذكورة)[٥].

---

[١] سورة مريم/ ٦٥.

[٢] سورة مريم/ ٩٨. الركز: الصوت الخفي. أي استأصلناهم بالهلاك جميعا حتى لا يرى منهم احد ولا يسمع له صوت خفي.

[٣] سورة الطلاق/ ١٢.

[٤] وفي اصول الفقه لابي اليسر عابدين ٦٤/١ (العام يوجب الحكم في ما يتناوله قطعا حتى يجوز نسخ الخاص به، فان لحقه خصوص معلوم أو مجهول لا يبقى قطعيا لكن لا يسقط الاحتجاج به).

[٥] في جمع الجوامع وشرحه ٤٠٧/١ (دلالة العام على اصل المعنى من الواحد في ما هو غير جمع، والثلاثة أو الاثنين في ما هو جمع قطعية وهو عن الشافعي، وعلى كل فرد بخصوصه ظمنية وهو من الشافعية لاحتماله التخصيص وان لم يظهر مخصص لكثرة التخصيص في العمومات) ولمزيد من التفصيل راجع كشف الاسرار ٣٠٤/١ ومسلم الثبوت وشرحه ٢٦٥/١

٢- وقال البعض وفي مقدمتهم الحنفية: (أن دلالة العام الذي لم يثبت تخصيصه على أن الحكم ثابت لجميع أفراده دلالة قطعية لأنه وضع ليدل على ذلك، والمدلول لازم لدالّه، فأينما تحقق يتحقق معه بصورة قطعية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك).

ثمرة الخلاف

يترتب على الخلاف في قطعية وظنية دلالة العام الآثار الآتية:

أ- على القول بأنها قطعية لا يجوز تخصيص العام بدليل ظني كحديث الآحاد أو القياس أو العرف أو مصلحة ظنية أو أي دليل ظني آخر، لأن التخصيص لرفع التعارض، ولا تعارض بين القطعي والظني لعدم تعادلهما في القوة الإلزامية فيترك العمل دائماً بالظني ويؤخذ بالقطعي، وأما على الرأي القائل بظنية دلالة العام فان تخصيصه جائز بكل دليل ظني مشروع، وهذا ما استقر عليه السلف الصالح من الخلفاء الراشدين والتابعين، فخصصوا كثيرا من النصوص العامة بالأدلة الظنية رعاية لحماية الدين أو النفس أو العرض أو المال أو العقل من ضروريات الحياة ومقاصد الشريعة.

ب- على الرأي القائل بقطعية دلالة العام لا يكلف الفقيه أو القاضي بالبحث عن المخصص قبل العمل بالنص العام بخلاف ما إذا قلنا بان دلالته ظنية، وعلى هذا يرى اكثر الأصوليين عدم جواز العمل بالعام قبل البحث والتفتيش عن المخصص.

تقويم الخلاف

الأفقه من وجهة نظرنا هو أن دلالة العام على ثبوت الحكم لجميع ما يندرج تحته دلالة ظنية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، وان القاضي لا يكلف بالبحث عن المخصص مطلقا للأسباب التالية:

أ. تخصيص فقهاء الصحابة والتابعين وكثير من أئمة الفقه النص العام بالأدلة الظنية كأخبار الآحاد والقياس والعرف والمصلحة، وهذا يدل على ظنية دلالة العام وإلا لم يخصص بما ذكر.

ب. لم يُعرف منهم إلزام القاضي بالبحث عن المخصص قبل العمل بالنص العام في حالة ظنية دلالته إذ قد يؤدي إلى ضياع حقوق الناس أو إلحاق الضرر بهم نتيجة تأخير الحكم بموجب العام.

ج. إضافة إلى ما ذكر، فإنه قد استقر رأي العلماء[١] على أن الأصل في العام هو العموم. والتخصيص من الصفات العارضة والأصل فيها العدم[٢]، كما أن الأصل في المطلق هو الإطلاق حتى يثبت دليل التقييد.

د. استلزام الدال لمدلوله يختلف عن استلزام العام لثبوت حكمه لجميع أفراده، لأن أساس الأول وضع الدال لمدلوله. وأما الثاني فهو عمل اجتهادي واستنتاجي، وقد خلط الحنفية بين هذين الأمرين في استدلالهم المذكور[٣].

ه. كثير من النصوص العامة في القرآن الكريم مخصصة بأحاديث الآحاد وهي ظنية.

دلالة العام على عموم الأحوال والأزمنة:

صيغة العام كما تدل دلالة ظنية على ثبوت الحكم لجميع ما يندرج تحته، كذلك تدل على أن ثبوت هذا الحكم لا يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأزمنة والأمكنة ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

فالقتل بغير حق محرم بالنسبة لجميع الأشخاص، وفي جميع الأحوال والأزمنة والأمكنة لعموم قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾[٤]. والزنا جريمة بالنسبة للمتزوج وغير المتزوج في منزل الزوجية أو خارجه، داخل القطر أو خارجه، بين المسلمين أو غير المسلمين، سواء أكان الزاني قادرا على الزواج أم فقيراً، لعموم قوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاء سَبِيلاً﴾ [٥].

وأكل مال الغير والتجاوز على حقوقه المالية محرم بين الأقارب والأباعد، وبين المسلم وغير المسلم، وبين جميع الأقوام والشعوب، وفي جميع الأحوال والأمكنة، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، لعموم قوله تعالى ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[٦].

---

[١] لمزيد من التفصيل يراجع الإبهاج شرح المنهاج ١٦٩/٣ وجمع الجوامع وشرحه ٢٢١/٢.

[٢] مجلة الاحكام العدلية، م٩ (الاصل في الصفات العارضة العدم).

[٣] في الفقرة (ب) (ومن الواضح أن العام وضع لقدر مشترك بين ما يندرج تحته دفعة واحدة، ولم يوضع لان يدل على أن الحكم الوارد في النص المتضمن للعام ثابت لجميع ما يندرج تحته).

[٤] سورة الانعام /١٥١.

[٥] سورة الاسراء/ ٣٢.

[٦] سورة النساء /٢٩.

ورد الأمانة إلى صاحبها واجب سواء طالب بها أو لا، وسواء يملك البينة على إثباتها أو لا، وسواء أكان مستغنيا عنها أم كان محتاجاً إليها، وسواء أكان مالك الأمانة شخصاً طبيعياً أم كان شخصاً معنوياً كالدولة، وذلك لعموم قوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾[١]، و(م٦٤) من قانون العقوبات ﴿لا يسأل جزائيا من أكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية أو معنوية لم يستطع دفعها﴾، لا تفرق في هذا العذر بين العراقي وغيره وبين الذكر والأنثى والقوي والضعيف داخل العمران أو خارجه.

العبرة بعموم النص لا بخصوص السبب[٢]:

إذا شرع نص عام لسبب خاص أو مناسبة خاصة، فالعبرة بعموم النص لا بخصوص السبب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، كما في حديث خيار الغبن، فعندما اشتكى إلى الرسول ﷺ أهل حبان بن منقد بأنه يخدع في المعاملات المالية، فقال لحبان: (إذا بايعت فقل لا خلابة[٣]، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فان رضيت فامسك وان سخطت أردد[٤]. فاستنتج فقهاء المسلمين والقانون من هذه القاعدة العامة - رغم ورودها لسبب خاص - أصلاً من أصول المعاملات المالية، وهو أن كل من قام بتدليس (تغرير) الغير بان استعمل معه طرقاً احتيالية لإيقاعه في الغلط أو استمراره على الغلط الذي وقع فيه لدفعه إلى التعاقد وترتب على ذلك غبن جسيم، يحق للمغبون الخيار بين إمضاء العقد مع قبول الضرر وبين فسخه واسترداد الثمن أو المبيع حسب كونه بائعاً أو مشترياً.

ترك الإستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال:

إذا شرع نص عام لمعالجة حكم تصرف أو واقعة، ولم يتضمن شروطاً أو قيوداً لتطبيقه، لا يجوز للفقيه أو القاضي أو المفتي أن يستحدث باجتهاده شروطاً أو قيوداً له، لأن السكوت في معرض الحاجة بيان، فلو كان هناك شرط أو قيد لذكر مع النص، مثل ذلك أن الشريعة

---

[١] سورة النساء /٥٨.

[٢] قال الشوكاني: هذا هو الحق الذي لا شك فيه، لأن التعبد للعباد إنما هو باللفظ الوارد عن الشارع، وهو عام، وورود على سؤال خاص لا يصلح قرينة لقصره على ذلك السبب.. إرشاد الفحول،ص١١٨.

[٣] الخلابة بكسر الخاء: الخدعة.

[٤] سبل السلام ٣/٤٥.

الإسلامية أقرت بصورة عامة صحة زواج غير المسلمين إذا أسلما أو أسلم الزوج فقط وكانت زوجته كتابية[١]، فلا يطلب منهما تجديد الزواج بعد الإسلام، ولا يحق للقاضي أن يسأل عن توافر شروط زواج المسلمين في هذا الزواج كحضور شاهدين وإذن الولي والكفاءة والمهر وغير ذلك، بل يكفي للاعتراف بصحة وبقاء زواجهما قبل الإسلام خلوه من محرمات الزواج كالنسب أو الرضاع أو المصاهرة أو حق الغير أو الجمع بين الأختين.

وحكمة ذلك: أن الزوجين غير المسلمين إذا طلب منهما تجديد الزواج، أو الشروط المطلوبة في زواج المسلمين عدا محرمات الزواج، فان ذلك قد يصبح حجر عثرة أمام إسلامهما.

وروي عن الضحاك بن فيروز عن أبيه، قال: (قلت يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان، فقال رسول الله ﷺ : طلق أيتهما شئت)[٢].

وعن سالم عن أبيه عبد الله بن عمر، أن غيلان بن سلمة اسلم وله عشر نسوة فاسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعاً[٣]. فلم ينقل عن الرسول ﷺ أنه طلب شروطاً أخرى لاستمرار الزواج، وترك الإستفصال دال على أنه لا فرق بين أن قد تمت العقود عليهن معاً أو على الترتيب.

المقارنة بين العام والمطلق[٤]

بين هذين المصطلحين الأصوليين فروق جوهرية من حيث الماهية والأحكام كما ذكرنا كثيرا منها سابقا، ونضيف إليها هنا ما يلي:

أ- الذي يؤخذ بنظر الاعتبار في المطلق هو ماهيته بغض النظر عما يندرج تحت هذه الماهية من الأنواع أو الأصناف أو الأفراد أو الأجزاء، في حين أن المهم المعتبر في العام هو ما يندرج تحته من الأفراد المشمولين بالحكم الوارد في النص.

ب- العام عمومه شمولي وعموم المطلق بدلي، فالعموم الشمولي كلي يحكم فيه على كل

---

[١] فتح القدير ٣/٤٢٢.

[٢] وفي رواية (قال لفيروز الديلمي وقد اسلم على اختين: اختر ايتهما شئت، وفارق الاخرى). اخرجه الإمام احمد في مسنده ٤/٢٣٢، وابو داود، كتاب الطلاق ٢/٢٨٠.

[٣] المرجع السابق. فقال له (امسك أربعاً وفارق سائرهن)، الحديث أخرجه الإمام احمد ٢/١٣، وابو داود، كتاب الطلاق ٢/٧٩ ولم يسأل فيروز ولا غيلان عن كيفية العقد هل كان معا أو على التعاقب. ومن الواضح أن مثل هذا العقد. إذا كان معا فالكل باطل وإذا كان على الترتيب فالثاني في الاختين باطل، والزواج الخامس في اكثر من أربع باطل إذا تم كل ذلك في الإسلام.

[٤] لمزيد من التفصيل، راجع تهذيب الفروق، هامش الفروق ١/١٧٢، إرشاد الفحول، ص١١٤.

فرد دفعة واحدة، أما العموم البدلي فهو كلي من حيث انه لا يمنع تصور مفهومه من وقوع الشركة فيه، ولا يحكم فيه على كل ما يندرج تحته إلا على سبيل البدل والمناوبة لا دفعة واحدة، وعلى سبيل المثل والإيضاح لفظ (جريمة) مطلق موضوع لماهية، وهي فعل محظور معاقب عليه بغض النظر عن نوع أو صنف أو فرد الجريمة، في حين أن لفظ (السارق) عام موضوع لكل إنسان بالغ عاقل مختار اخذ مالا منقولا مملوكا للغير في حرز مثله بقصد جنائي، ففي المطلق ينظر إلى الماهية، وفي العام ينظر إلى الأفراد.

جـ-صيغ العموم محددة ومحصورة لغة أو شرعاً أو عرفاً بخلاف صيغ المطلق.

ورغم هذه الاختلافات فان كلا منهما **مشترك معنوي**، لأنه موضوع لقدر مشترك بين ما يندرج تحته من الأنواع أو الأصناف أو الأفراد أو الأجزاء ويتناوله دفعة كما في العام أو على سبيل التناوب كما في المطلق.

المطلب الثاني
تخصيص العام

عرف الأصوليون التخصيص بتعريفات متعددة كلها تدور حول محور واحد وهو انه: (قصر العام على بعض أفراده بإخراج بعض مما يتناوله بدليل متصل بالنص أو مستقل عنه)[1]، فهو بمثابة عملية الطرح في الرياضيات، وترتب على تعريفاتهم هذه اختلافهم في

---

[1] ومن هذه التعريفات:

قال ابن السبكي الشافعي، جمع الجوامع وشرحه ٢/٢ (التخصيص قصر العام على بعض أفراده).

وقال القرافي المالكي، تنقيح الفصول، ص ٥١ (التخصيص إخراج بعض ما يتناوله اللفظ العام أو ما يقوم مقامه بدليل).

وقال الحلي الشيعي، مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ص ١٢٩ (التخصيص إخراج بعض ما يتناوله الخطاب عنه، وهو إما متصل أو منفصل)، وهذا نفس تعريف الرازي في المحصول ٧/١.

أن العام حقيقة في الباقي أو مجاز أو فيه تفصيل.

ومن وجهة نظري: انهم لو عرفوه بتعريفه الحقيقي لما وقعوا في تلك الخلافات العقيمة التي لا تترتب عليها ثمرة عملية. لذا، أرى أن تعريفه السليم هو أن التخصيص ((**هو بيان عدم شمولية حكم النص العام لبعض أفراده بدليل متصل أو منفصل**)).

وعلى سبيل المثل في قوله تعالى ﴿**لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا**﴾[١]. لفظ (الرجال والنساء) من صيغ العموم لانهما من جمع التكسير المحلى بال الاستغراق ويشمل (الرجال) كل ذكر، كما تشمل (النساء) كل أنثى غير أن هذا العموم غير مراد الله تعالى بالنسبة لحكم الميراث، فالقاتل من الذكور والإناث لا يثبت له هذا الحكم، لذا بين الرسول ﷺ هذا المراد بقوله: (لا يرث القاتل)[٢]. فهذا الحديث الشريف لم يخرج القاتل من كونه من الرجال أو من النساء وإنما سلب منه حكماً شرعياً وهو الميراث. إذن أين الإخراج وأين الباقي بالنسبة لصيغة العام حتى تترتب عليه تلك الخلافات العقيمة التي لا مبرر لها[٣].

وقال البهاري الحنفي، مسلم الثبوت ١/٢٣٣ (التخصيص قصر العام على بعض مسمياته)، وهو نفس تعريف ابن الحاجب في مختصر المنتهى الأصولي، ص١٢.

وعند اكثر الحنفية (قصر العام على بعض مسمياته بمستقل مقترن بغير المستقل كالاستثناء والشرط والصفة والغاية والبدل ليس مخصصاً لعدم التعارض بينه وبين العام، والتخصيص لا يكون إلا بعد التعارض بين العام والدليل المخصص فيرفع بالتخصيص). والمستقل المتأخر ناسخ لان التأخير يضلل المكلف فيعمل بما ليس مرادا في العام، لان عموم العام في التخصيص غير مراد بخلاف النسخ.

راجع فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ١/٣٠٠.

[١] سورة النساء /٧.

[٢] تقدم تخريجه.

[٣] أكثرهم قالوا: (مجاز في الباقي)، ومنهم من قال: (حقيقة إن كان الباقي غير محصور)، ومنهم من قال: (حقيقة في الباقي إن كان المخصص متصلاً)، ومنهم من قال: (إن كان شرطاً أو استثناءً)، ومنهم من قال: (إن كان المخصص شرطاً أو صفة حقيقة وإلا فمجاز)، ومنهم من قال:(حقيقة أن كان المخصص لفظاً ومجاز أن كان عقلاً)، ومنهم من قال:(حقيقة في التناول لما بقي بعد التخصص لا في الاقتصار عليه) ومنهم من قال بنفس هذا القول على أن يكون المخصص بدليل مستقل إلى غير ذلك.

ومن الجدير بالذكر إن التخصيص لا يكون إلا بعد قيام التعارض بين النص العام ودليله المخصص له ولو عمل بالنص العام وحده للزم إبطال العمل بالنص الخاص مطلقا.

أما اذا اخذ بمقتضى التخصيص فانه يتم العمل بالنصين كل في حدوده فالعام يعمل به في ما عدا ما اخرج منه بالنص الخاص والخاص يعمل به في القدر الخارج من العام[1] .

مثال ذلك:

إن المادة (٩٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي[2] المعدل تنص على انه: (مع مراعاة ما تقدم يجري توزيع الاستحقاق والأنصبة على الوارثين بالقرابة وفق الأحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية) فلفظ (الوارثين بالقرابة) في هذا النص عام يشمل جميع الورثة بالقرابة ذكورا كانوا أو إناثا صغارا أو كبارا. ولفظ الأحكام الشرعية أيضا عام يشمل أحكام المذهبين السني والجعفري في العراق، وبمقتضى عموم هذا النص توزع تركة في المذهب الجعفري في ضوء مذهبه والسني بموجب مذهبه كما كان كذلك قبل تشريع هذا القانون. وفي التعديل الثاني[3] أخرجت بنت الميت من عموم هذا النص واختصت بحكم خاص يتعارض في بعض جوانبه مع الأحكام الشرعية في المذهبين المذكورين كانفراد البنت بجميع ما تبقى من التركة بعد حصة الأبوين مع إن الواحدة ترث النصف، والأكثر من واحدة يرثن الثلثين، واذا كان هناك باق يرد على جميع الورثة عدا الزوجين ـ بنسبة حصصهم. إذن الفقرة الثانية من المادة (٩١) تعتبر مخصصة[4]

ومن الغريب أن الخلاف لم يقف عند هذا الحد، بل اختلفوا في حجية النص المخصص في الباقي ايضا، فمنهم من قال: (حجة مطلقا)،ومنهم من قال:(حجة إن خصص بمتصل)، ومنهم من قال: (أن خصص بمعين)، ومنهم من قال: (إن أنبأ عنه العموم)،ومنهم من قال: (ليس حجة مطلقا)، وقيل: (حجة في أقل الجمع).

لمزيد من التفصيل راجع جمع الجوامع وشرحه ٢/٤-٧.

وهداية العقول إلى غاية السول في علم الأصول ٢/٢٤٩-٢٥٠.

(١) ينظر الاحكام في اصول الاحكام للآمدي ٢/١٤٦

(٢) رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩

(٣) رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨

(٤) نص الفقرة الثانية من المادة (٩١): تستحق البنت أو البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي، ما تبقى من التركة بعد اخذ الابوين والزوج الاخر فروضهم منها، وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود أي منهم

لعموم نص المادة(٩٠) .

ثم إن الفقرة الثانية من المادة (٩١) اعتبرت البنت أقوى من الأبن من حيث الميراث في الفقه السني، فمن مات عن جد وجدة وابن، لكل من الجد والجدة السدس والباقي للأبن، ومن مات عن جد وجدة وبنت، تركته كلها تكون للبنت، ولا يرث الجد والجدة شيئاً، لأنهما يُحجبان بالبنت، بموجب الفقرة المذكورة، وهذا الخطأ جاء من لجنة إعداد مشروع التعديل، فالمشرع أراد أن يكون التعديل كالآتي: (وتكون البنت بمثابة الأبن في الحجب) كما في (م٨٩/٤): (تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الأخ الشقيق في الحجب).

أقسام أدلة التخصيص:

وقد قسم جمهور علماء الأصول أدلة التخصيص إلى قسمين: (متصلة ومنفصلة)

القسم الأول: الأدلة المتصلة:

والمقصود من المتصل ما لا يستقل بنفسه من اللفظ وإنما يقارن النص العام ويكون جزءا منه وله أنواع اهمها: الاستثناء، والشرط، والصفة، وبدل البعض من الكل، والغاية.[1]

أولا ـ الاستثناء:

وهو إخراج المستثنى من حكم المستثنى منه بإحدى أدوات الاستثناء. مثل: إلا، سوى، خلا، عدا.

ففي قوله تعالى ﴿وَالْعَصْرِ إِنَّ الْإِنسَانَ لَفِي خُسْرٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ﴾[2]. لفظ (الإنسان) عام بوساطة أل الاستغراق يدل على أن كل فرد من أفراد الإنسان مشمول بحكم هذا النص وهو الخسران، إلا أن هذا العموم قد خصصه سبحانه وتعالى في نفس النص باستثناء الذين امنوا وعملوا الصالحات وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر.

---

[1] ينظر غاية الوصول شرح لب الاصول كلاهما للشيخ ابي يحيى زكريا الانصاري ط الحلبي ١٣٤٠ هـ ص ٧٦

[2] سورة العصر/ ١ـ٣

وفي قول الرسول ﷺ: (كل صلح جائز إلا صلحاً حرم حلالا أو أحل حراما)[1] فلفظ (كل صلح) من صيغ العموم وقد خصص باستثناء صلح يحرم حلالا أو يحلل حراما.

ومن الواضح أن الاستثناء من عموم النص في اصطلاح القانون الحديث هو أن يصدر من السلطة التشريعية قرار يقضي باستثناء قضية خاصة أو اكثر من عمومية القاعدة القانونية كتخصيص مرتب التقاعد لعائلة من قتل في سبيل المصلحة العامة وهو لم يكمل بعد الخدمة التي تستوجب المرتب التقاعدي بموجب قانون الخدمة المدنية أو العسكرية.

ومع ذلك يوجد في القانون الوضعي أيضا ما يسميه علماء أصول الفقه بالتخصيص بالاستثناء كما في المادة (٥٩) من قانون العقوبات العراقي التي تنص على انه (يعفى من العقوبات المقررة في المواد (٥٦، ٥٧، ٥٨) كل من بادر بإخبار السلطات العامة بوجود اتفاق جنائي وعن المشتركين فيه قبل وقوع أية جريمة من الجرائم المتفق على ارتكابها وقبل قيام تلك السلطات بالبحث والاستقصاء عن أولئك الجناة أما إذا حصل الإخبار بعد قيام تلك السلطات بذلك فلا يعفى من العقاب إلا اذا كان الإخبار قد سهل القبض على أولئك الجناة). فجملة (فلا يعفى من العقاب) عامة تدل على عدم الإعفاء بكل حال من الأحوال اذا حصل الإخبار بعد قيام السلطات بالبحث والاستقصاء عن الجناة إلا أن هذا العموم قد خصص وأخرجت منه حالة ما اذا كان الإخبار قد سهل القبض على الجناة، وان هذا التخصيص قد تم بأداة الاستثناء وهي كلمة (إلا) وهذا عين ما سماه الأصوليون بالتخصيص بالاستثناء. وكما في المادة (١/٥٤٧)[2] من القانون المدني النافذ التي تنص على انه: (اذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يهلك على البائع ولا شيء على المشتري إلا اذا حدث الهلاك بعد أعذار المشتري لتسلم المبيع). ولفظ (شيء) نكرة واقع في حيز النفي يفيد العموم وقد خصص بالاستثناء الذي يليه.

ومن الجدير بالذكر إن الاستثناء اذا ورد بعد جمل متعددة معطوفة بعضها على بعض بالواو فانه يرجع إلى الكل عند جمهور فقهاء الشريعة ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦٥/٦، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ٢٥٤/١٠

(٢) ويقابلها المادة (٤٣٧) من القانون المدني المصري النافذ التي تنص على انه اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشتري لتسليم المبيع). ويطابقها المادة (٤٠٥) من القانون المدني السوري.

توضيح ذلك: يقول سبحانه وتعالى في القرآن الكريم ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[1].

ففي هذا النص، توجد ثلاث عقوبات في ثلاث جمل: الأولى الأمر بالجلد، والثانية النهي عن قبول شهادة القاذف، والثالث إن القاذف يعتبر فاسقا. والاستثناء لا يتوجه إلى العقوبة الأولى بإجماع الفقهاء، لأنها تتعلق بالحق الخاص للمقذوف، فلا يسقط حقه بتوبة القاذف، لان التوبة تسقط حقوق الله فقط.

ولكن ذهب جمهورهم إلى انه يرجع إلى الجملتين الأخيرتين فتقبل شهادة القاذف وتزول عنه صفة الفسق اذا تاب. وقالت الحنفية إن الاستثناء الوارد بعد جمل متعددة في نص واحد يرجع إلى الجملة الأخيرة فقط لضرورة (وهي عدم استقلال الاستثناء بنفسه) تندفع بصرفه إلى الجملة الأخيرة لأن الضرورات تقدر بقدرها.

والحق الذي لا ينبغي العدول عنه هو أن القيد الواقع بعد جمل سواء كان استثناء أم غيره اذا لم يمنع مانع من عوده إلى جميعها لا من نفس اللفظ ولا من خارج عنه يعود إلى جميعها، وتدل على ذلك الصياغة البلاغية لقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهاً آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَاماً، يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَاناً، إِلَّا مَن تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلاً صَالِحاً فَأُوْلَئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَّحِيماً﴾[2].

ولا يستطيع أحد أن يقول أن المقصود من السيئات في هذا النص جريمة الزنا فقط دون جريمة الشرك وجريمة القتل أيضا لأن النص صريح في شمول السيئات للجرائم الثلاث المذكورة. فالاستثناء إذن يرجع إلى الكل. وكذلك لفظ كرها الوارد في الفقرة الثانية[3] من

---

(١) سورة النور/٤، ٥.

(٢) سورة الفرقان/٦٨-٧٠

(٣) تنص المادة (٤٣) على ان حق الدفاع الشرعي لا يبيح القتل عمدا الا اذا اريد به دفع احد الامور الآتية:

١ـ فعل يتخوف ان يحدث الموت أو جراح بالغة اذا كان لهذا التخوف اسباب معقولة.

٢ـ مواقعة امرأة أو اللواطة بها أو بذكر كرها.

المادة الثالثة والأربعين من قانون العقوبات العراقي النافذ[1] يرجع إلى جميع ما جاء في هذه الفقرة.

ثانيا ـ الشرط:

في اصطلاح الأصوليين هو ما يلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم أو عدمه.

ولكن هذا المعنى غير مراد بل المقصود منه هو الشرط اللغوي وهو وجود جملة شرطية في النص العام مصدرة بإحدى أدوات الشرط مثل: إن، إذا... كما في قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾[2] فانه نص عام لان لفظ (ما) اسم موصول يدل على استحقاق الزوج لنصف تركة زوجته المتوفاة في جميع الأحوال سواء كان لها ولد أم لا. ولكن هذا العموم خصصه الشارع بالجملة الشرطية التي وردت بعد النص العام مباشرة وهي قوله تعالى ﴿إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾[3]. أما اذا كان للزوجة المتوفاة ولد من هذا الزوج أو من زوج سابق فالزوج لا يرث من تركتها إلا الربع.

وأمثلة تخصيص النص العام بالشرط في القانون الوضعي كثيرة منها في المادة (١١٠٠) من القانون المدني العراقي النافذ لفظ (الجبال المباحة) الذي يدل على العموم بوساطة أل الاستغراق قد خصص بالشرط الذي ورد بعده مباشرة وهو (اذا لم تكن من المحاطب والغابات المختصة من قديم باهل القرى والقصبات[4]).

وفي المادة (٥٨٧) منه التي تنص على أن: (نفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك): لفظ نفقات جمع مضاف يفيد العموم وقد خصص بالشرط الذي يليه في النص.

---

[1] رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩

[2] سورة النساء/ ١٢

[3] سورة النساء/ ١٢

[4] نص المادة (١١٠٠): (يجوز لكل شخص ان يقطع من الجبال المباحة اذا لم تكن من المحاطب والغابات المختصة من قديم باهل القرى والقصبات ـ اشجارا واحطابا واحجارا وغير ذلك من المواد التي يحتاج اليها في البناء والوقود. وصنع الالات الزراعية وغيرها من حاجاته).

ثالثا ـ الصفة:

والمقصود منها الصفة المعنوية أي الحالة التي تصرف العام عن عمومه وتحصره فيما تتحقق فيه هذه الحالة سواء أكانت النعت المعروف في علم النحو أم غيره كالحال والتمييز والظرف الزمني والمدة الزمنية.

توضيح ذلك: تنص المادة (١٧٧) من قانون العقوبات العراقي على انه (يعاقب بالسجن المؤبد كل من حصل بأية وسيلة على شيء يعتبر من أسرار الدفاع عن البلاد). فهذا النص لهذا الحد عام يشمل كل من حصل على تلك الأسرار مهما كانت الوسيلة وأيا كان قصده ولكن المشرع اعقب هذا العموم بقيد يخصصه وهو (بقصد إتلافه لمصلحة دولة أجنبية أو إفشائه لها أو لاحد مما يعملون لمصلحتها).

فيكون مقصود المشرع أن كل من حصل على سر من أسرار الدفاع لا يعاقب بالسجن المؤبد ما لم يتصف بصفة إتلاف قصد إتلاف السر وإفشائه لمصلحة دولة أجنبية أو من يعمل لمصلحتها.

رابعا ـ بدل البعض من الكل:

وهو عند علماء النحو بدل الجزء من كله بأن يذكر الكل أولا في النص ثم يذكر بعده بعض منه على أساس أن المقصود بالحكم هو الثاني (البعض) دون الأول الكل، وتوضيح ذلك. يقول الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾[1] فهنا ذكر الشارع لفظا عاما وهو الناس المعرف بال الاستغراق الدال على وجوب الحج على كل شخص سواء له المكنة المالية والبدنية أو لا، ثم بدلا من هذا الكل العام أتى ببعض منه وهو ﴿مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾ فيفيد التخصيص وجوب الحج على من له الاستطاعة المالية والبدنية والسلمية فقط دون غيره.

وقد ذهب بعض العلماء كالغزالي[2] والآمدي[3] وفخر الدين الرازي[4] وغيرهم إلى إن عموم هذا النص قد خصص بالعقل لأن العقل يقضي بأن الصبي والمجنون من الناس حقيقة وهما غير مرادين من هذا النص العام بدلالة نظر العقل على امتناع تكليف من لا يفهم.

---

(١) سورة آل عمران/ ٩٧

(٢) المستصفى ص٢٤٧.

(٣) الإحكام في أصول الاحكام ٢/١٤٣

(٤) المحصول في علم اصول الفقه تحقيق د. طه جابر ١/١١١

ولكن قولهم هذا غير دقيق لأنه سبحانه وتعالى قد خصص العموم في نفس النص بإتيان بدل البعض من الكل، والعقل لا يستخدم للتخصيص إلا بعد عدم وجود النص علما بأنهم ممن يقرون أن بدل البعض من الكل طريقة من طرق التخصيص المتصل.

وتنص المادة (١١٦٥) من القانون المدني النافذ على انه: (يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته) فلفظ (الحائز) عام يشمل حسن النية وسيء النية فخصصه المشرع بلفظ (حسن النية).

خامسا ـ الغاية:

وهي نهاية الشيء المقتضية لثبوت الحكم قبلها وانتفائه بعدها. ولها لفظان: (حتى، إلى). كقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ في هذا النص نهى عن معاشرة الزوجات خلال العادة (الحيض) لما في ذلك من الأذى، ولكن الحكم مخصص بما قبل الطهر ولا يشمل ما بعده. وكقول الرسول ﷺ (رفع القلم عن ثلاثة:عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يبلغ (أو يحتلم) وعن المجنون حتى يفيق)[1]، فعدم مسؤولية هذه الأصناف الثلاثة مخصصة بالغاية التي تدل عليها لفظة (حتى). وكقوله تعالى ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾[2]. فالعضو الذي يلي المرفق لا يدخل تحت حكم وجوب الغسل.

ومن عموم النصوص القانونية المخصص بالغاية بوساطة (حتى) أو (إلى) تخصيص عموم (وقف الفصل في الأولى) بـ (حتى يتم الفصل في الثانية) في (م١٦٠/أ)[3] (اذا كان الفصل في الدعوى الجزائية يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى جزائية أخرى، فيجب وقف الفصل في الأولى حتى يتم الفصل في الثانية).

وتخصيص عموم (وقف الإجراءات الجزائية) بـ (إلى حين عودة أو معرفة مصيره) في (م١٦٠/ب) (اذا ثبت أن المتهم قد غاب غيبة غير معروفة الأجل لأسباب خارجة عن إرادته كأن يكون أسيرا أو مفقودا، يصدر قاضي التحقيق أو المحكمة الجزائية حسب الأحوال قراراً بوقف الإجراءات بحقه مؤقتا ووقف سير الدعوى المدنية إلى حين عودته أو معرفة مصيره).

---

(١) رواه النسائي، السنن الكبرى ٧٣٠٧. السنن الصغرى للبيهقي ٢/١١٦.

(٢) سورة المائدة/ ٦

(٣) قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

القسم الثاني . الأدلة المنفصلة

الدليل المنفصل المخصص للعام: هو ما لا يكون جزءا غير مستقل من النص المشتمل على العام، سواء أكان جملة مستقلة تأتي بعد النص العام مباشرة، أم نصا مستقلا منفصلا عنه، وسواء أكان من جنس العام كتخصيص النص العام من القرآن الكريم بالنص الخاص منه، وكتخصيص النص العام من قانون العقوبات بنص خاص منه أم لا، وكتخصيص النص العام من القرآن الكريم بالسنة[1]، وتخصيص القانون المدني بقانون الإيجار، وتخصيص قانون الأحوال الشخصية بقانون رعاية القاصرين...

وللتخصيص بالأدلة المنفصلة أنواع كثيرة أهمها ما يلي:

أولا ـ تخصيص النص بالنص:

وهو بالنسبة لدراستنا يشمل تخصيص القرآن بالقرآن، وتخصيص القرآن بالسنة النبوية، وتخصيص السنة بالسنة، وتخصيص القانون بالقانون:

١ـ تخصيص النص العام من القرآن الكريم بالنص الخاص منه:

وله أمثلة كثيرة منها:

أ ـ قوله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوَءٍ﴾[2] نص عام لان لفظ (المطلقات) من صيغ العموم يشمل كل مطلقة سواء أكانت مدخولا بها أم لا، وسواء أكانت المدخول بها حاملا أم لا.

غير أن هذا العموم لم يكن مقصودا للشارع، لذا بيّن مراده وفسّر قصده بتخصيص هذا العموم بإخراج غير المدخول بها بقوله تعالى ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[3] أي أن العدة لا تجب على امرأة تطلق قبل الدخول، بل لها حق الزواج بعد الطلاق مباشرة.

---

[1] هناك شق آخر وهو تخصيص السنة بالقرآن أهملته ويمكن ان يعتبر من هذا القبيل تخصيص عموم قول الرسول (ﷺ): (لا ضرر ولا ضرار) أي لا يضر الانسان اخاه الانسان لا ابتداء ولا جزاء، بقوله تعالى (فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ) الذي استخرجت منه قاعدة (الضرورات تجيز المحظورات).

[2] سورة البقرة / ٢٢٨

[3] سورة الاحزاب / ٤٩

وبإخراج الآيس التي دخلت سن اليأس من الحيض، والصغيرة التي لم تدخل سن الحيض من عموم النص المذكور بقوله تعالى ﴿**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ**﴾[١] أي واللائي لم يحضن كذلك. وبإخراج الحامل أيضا من حكم النص العام بقوله تعالى ﴿**وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾[٢]. أي تنقضي عدة ذوات الأحمال بوضع الحمل طالت المدة أم قصرت.

ب ـ أما قوله تعالى ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً**﴾[٣] مع قوله تعالى ﴿**وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾[٤] النسبة بينهما العموم والخصوص من وجه، فكل منهما عام من وجه وخاص من وجه أخر.

فالنص الأول عام من حيث انه يشمل أولات الأحمال وغير أولات الأحمال ، وخاص بالمتوفى عنها زوجها.

والنص الثاني عام يشمل المتوفى عنها زوجها وغيرها وخاص بأولات الأحمال.

لذا يرى بعض[٥] فقهاء المسلمين أن الجمع بين النصين يكون بان تعتد الزوجة الحامل المتوفى عنها زوجها بأبعد الأجلين من وضع الحمل أو أربعة اشهر وعشرة أيام، فأيهما اكثر تعتد به.

ج ـ في قوله تعالى: ﴿**وآتوا اليتامى أموالهم**﴾[٦] لفظ (اليتامى) جمع معرف بأل الاستغراق يفيد العموم وقد خصص بقوله تعالى ﴿**وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**﴾[٧] فهذا النص صريح في انه لا يجوز تسليم الأموال إلى القاصرين قبل سن الرشد.

---

[١] سورة الطلاق / ٤

[٢] سورة الطلاق / ٤

[٣] سورة البقرة/ ٢٣٤

[٤] سورة الطلاق/ ٤

[٥] قال جمهور فقهاء المسلمين : ان عدتها ان تضع حملها. ولمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا اصول الفقه في نسيجه الجديد ٤٦٦/٢ وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (٢/ ٧٩ ـ ٨٠)

[٦] سورة النساء/٢

[٧] سورة النساء/٦.

٢ـ تخصيص القران بالسنة النبوية: في آيات كثيرة منها:

أ ـ قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾.[1]

نص عام لان لفظ (أولادكم) جمع مضاف وهو من صيغ العموم، فيشمل جميع الأولاد في جميع الحالات، غير أن هذا العموم غير مراد لله سبحانه وتعالى، وقد خول الرسول ﷺ ببيان مراده بقوله ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾[2]، وبيان الرسول ﷺ وتفسيره لنصوص القران الكريم يشمل بيان المجمل وتقييد المطلق وتخصيص العام.

وبمقتضى هذا التخويل يُعتبر بيان الرسول تفسيرا تشريعياً، لأنه بأمر إلهي بصورة غير مباشرة، كما في الآية المذكورة. وبناء على ذلك أعلمنا الرسول ﷺ بان النص المذكور لا يشمل الوارث القاتل، والوارث الذي يختلف في الدين مع مورثه، وأولاد الرسول نفسه ﷺ بقوله: (لا يرث القاتل)[3] (لا يتوارث أهل ملتين)،[4] (نحن معاشر الأنبياء لا نورث)[5] فاخرج هذه الأصناف من عموم ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾[6].

ب ـ بعد أن عدد القرآن الكريم النساء المحرمات تحريما مؤبدا في الزواج قال: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾[7] فهذا النص عام لان لفظ (ما) من الأسماء الموصولة وهو يفيد العموم ويدل على جواز الزواج من كل امرأة لم تدخل ضمن الأصناف التي ذكرها القرآن في قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ... الخ﴾.

غير أن هذا العموم لم يكن مرادا للشارع لذا بين الرسول ﷺ قصده وفسره بتخصيص العام وإخراج نسوة أخرى محرمة في الزواج أيضا فقال (يَحْرُمُ من الرَضَاع

---

(١) سورة النساء /١١.

(٢) سورة النحل /٤٤.

(٣) اخرجه ابوداود بلفظ (لا يرث القاتل شيئا) عن عبدالله بن عمرو بن العاص. منتقى الاخبار٢/٤٧٢

(٤) سبل السلام ٣/١٢٩

(٥) وفي رواية: لا نورث ما تركناه صدقة. عمدة القاريء للعيني ٢٣/٢٣٢

(٦) سورة النساء/ ١١

(٧) سورة النساء/ ٢٤

ما يَحْرُمُ من النَّسَبِ)[١] (لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا)[٢].

٣ـ تخصيص السنة بالسنة:

فاذا ورد في السنة النبوية نصان احدهما عام والآخر خاص، يخصص العام بالخاص. توضيح ذلك: قال الرسول ﷺ (فيما سَقَتِ السماءُ[٣] والعيونُ[٤]، أو كان عَثَرِيًّا[٥]، العُشْرُ.[٦]) فلفظ (ما) من صيغ العموم يشمل القليل والكثير من المحصولات الزراعية. وقال في نص آخر: (ليس فيما دون خمس أوسق صدقة)[٧]، وقد حدد هذا النص الخاص عموم النص الأول، بأن اخرج عن حكم الزكاة كل كمية تكون ما دون خمسة أوسق، فلا تجب فيها الزكاة.

٤ـ تخصيص القانون بالقانون:

تخصيص النص العام في القانون إما أن يكون بنص من نفس القانون أو يكون بنص خاص من قانون أخر:

أ ـ تخصيص نص عام في قانون بنص خاص في نفس القانون: مثل تخصيص المادة (٦) من قانون العقوبات العراقي بالمادة (١١) منه حيث تنص المادة (٦) على انه (تسري أحكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في العراق. وتعتبر الجريمة مرتكبة في العراق اذا وقع فيه فعل من الأفعال المكونة لها أو اذا تحققت فيه نتيجتها أو كان يراد أن تتحقق فيه) وعموم هذا النص واضح لاشتماله على صيغ العموم من الجمع المعرف بال الاستغراق (الجرائم) ومن لفظ (جميع) ولفظ(التي)

---

[١] رواه البخاري، صحيح البخاري ٢٦٤٥.

[٢] روى هذا الحديث بروايات مختلفة منها: (لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها، ومنها (لا تنكح المراة على عمتها ولا العمة على بنت اخيها ولا الخالة على بنت اختها) الفتح الكبير ٣٤١/٣ ، المنتقى٥٢٨/٢

[٣] بمطر أو ثلج أو برد

[٤] الانهار الجارية يسقى منها باساحة الماء من غير اغتراف له

[٥] بفتح العين والثاء وكسر الراء وتشديد الياء: هو الذي يشرب بعروقه ويعثر على الماء القريب منه.

[٦] رواه البخاري

[٧] رواه مسلم

وقد خصص هذا العموم بالمادة (١١) منه التي تنص على انه (لا يسري هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الأشخاص المتمتعين بحصانة مقررة بمقتضى الاتفاقيات الدولية، أو القانون الدولي أو القانون الداخلي)

ب ـ تخصيص نص عام من قانون بنص خاص من قانون أخر: كتخصيص عموم المادة (٦٦) من قانون العقوبات العراقي والمادة(٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل والمادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٣) من قانون رعاية الأحداث الجديد والمادة(١٠) من قانون التجارة العراقي النافذ.

حيث تنص هذه المواد على أن كمال الأهلية لا يتحقق إلا بعد إكمال الثامنة عشرة من العمر وقد خصص عموم هذه النصوص بالفقرة (أ / من المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ التي تنص على انه (يعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية) وقد اعتبر هذا النص الخاص كل من اكمل الخامسة عشرة من عمره وتزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية يعامل معاملة البالغ سن الرشد سواء بسواء من حيث أن له القيام بجميع التصرفات القانونية وكان على المشرع أن يقيد الأهلية بالأداء حتى لا تفسر تفسيرا واسعا بحيث تشمل القضايا الجنائية[1] ولكن الإشكال الذي يثار هو ماذا يترتب على حصول انحلال الزواج بالوفاة أو الطلاق أو التفريق القضائي قبل إكمال الثامنة عشرة من العمر هل يرجعان إلى ما كانا عليه قبل الزواج من نقص الأهلية أو لا؟ أو هل يرجع أحد الزوجين بعد وفاة الآخر إلى حالة ما قبل الزواج؟

من وجهة نظري يبقى كل منهما محتفظا بحقه المكتسب للأسباب الآتية:

١ ـ هذا الحكم الجديد أتى به قانون رعاية القاصرين ليس غريبا بالنسبة إلى المجتمع الإسلامي والعربي فان اعتبار كل من اكمل الخامسة عشرة كامل الأهلية هو ما استقر عليه راي جمهور فقهاء المسلمين وان لم يكن هناك زواج.

٢ـ إن المركز القانوني الذي حصل عليه كل من الزوجين بسبب الزواج يعتبر حقا مكتسبا لا يزول بزوال الزواج.

٣ـ إن الولاية لا ترجع بعد انحلال الزواج فذلك يستلزم الاحتفاظ بالأهلية المكتسبة.

---

[1] ذهب القضاء العراقي في تفسير هذه الاهلية الى ان المراد بها اهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره وهذا تفسير ضيق لا يحتمل اطلاق تعبير (كامل الاهلية)

٤ـ إن غاية المشرع من تشريع هذا الحكم هي تشجيع الزواج المبكر.

٥ـ سكوت قانون رعاية القاصرين في معرض الحاجة بيان لعدم رجوعهما إلى الخضوع لهذا القانون بعد الفرقة وكتخصيص عموم (العقد شريعة المتعاقدين) بقانون إيجار العقار.[1]

ثانيا ـ تخصيص النص بالعرف:

أختلف فقهاء المسلمين في جواز تخصيص النص بالعرف، فقال بعضهم بالنفي، وقال الحنفية[2] والمالكية[3] ومن نحا نحوهم بجواز تخصيص عموم النص بالعرف الصحيح السائد.

ومن وجهة نظري: إن هذا الرأي القائل بجواز التخصيص بالعرف الصحيح هو الصواب والقمين بأن يأخذ به فقهاء الشريعة وشُراح القانون والقضاة، وذلك للأسباب التالية:

أ ـ اتفاق جمهور فقهاء الشريعة على أن الأحكام تتغير بتغير الأزمان، ومن المعلوم أن الأزمان لا تتغير، فالليل هو الليل والنهار هو النهار والفصول الأربعة هي هي منذ أن خلق الله السماوات والأرض، وإنما يتغير ما في الأزمان من الأعراف والعادات ومتطلبات الحياة في ضوء العرف السائد.

وعلى سبيل المثال: يقول سبحانه وتعالى (**وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدْوَّ اللّهِ وَعَدُوَّكُمْ**)[4] فلفظ (ما) اسم موصول ومن صيغ العموم يشمل كل نوع من أنواع المعدات العسكرية، ولكن العرف العسكري في كل زمن هو الذي يفسر عموم هذا النص بالقوة المطلوبة، وهي القوة القادرة على إرهاب العدو أي تخويفه، وليس المراد الإرهاب المتعارف الآن، لأن عدوك اذا عرف انك تملك ما يملكه من القوة أو اكثر، يخاف منك ولا يجرأ على الاعتداء عليك.

ب ـ أن نصوص الشرائع السماوية والقوانين الوضعية شرعت لمصلحة الإنسان، وهذه المصلحة تتبدل في ضوء تبدل الأعراف السائدة في الحياة. إذن اذا اقتضى العرف تخصيص نص عام فان هذا يعني أن المصلحة العامة تقتضي ذلك.

لكن شريطة ألا يصطدم هذا العرف مع المبادئ العامة والنصوص القطيعة للشريعة

---

[1] رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩

[2] التقرير والتحبير مع التحرير ٢٨٢/١.

[3] الفروق للقرافي ٢٨٢/١.

[4] سورة الأنفال/ ٦٠

الإسلامية بالنسبة للبلاد الإسلامية.

ج ـ هناك قواعد عامة تؤكد ضرورة مراعاة العرف في المعاملات والعلاقات ومنها: (التعيين بالعرف كالتعين بالنص)[١] (والمعروف عرفا كالمشروط شرطاً)[٢] (العادة محكمة)[٣] (والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم)[٤] ومن الغريب أن فقهاء الحنفية هم على رأس من نادوا بجواز تخصيص النص العام بالعرف مع انهم اشترطوا في الدليل المخصص أن يكون مقارنا للنص العام من حيث الزمن[٥] وفي هذا تناقض واضح إذ كيف يمكن التوفيق بين القول بوجوب اقتران الدليل المخصص والنص العام زمنا وبين القول بجواز تخصيص النص العام بالعرف؟ اللهم إلا أن يؤول كلامهم ويحمل على حالة تخصيص النص بالنص، ومع هذا التأويل أيضا يكون كلامهم هذا متعارضا مع القول بجواز تخصيص العام في القرآن بالسنة المتواترة اذا كان النص يخصص لأول مرة بناء على اصلهم القائل بان دلالة النص العام قبل التخصيص قطعية لا يخصص عمومه إلا بدليل قطعي أو بحديث الآحاد اذا كان التخصيص للمرة الثانية أو الثالثة... ومن التخصيص بالعرف أن قوله تعالى (لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ)[٦] ينص على أن المعاملات المالية التي تكون مصدراً لنقل الملكية يجب أن يتوفر فيها عنصر الرضا وان المعيار العام الكلي للتعبير عن الرضا لدى فقهاء الشريعة هو الإيجاب والقبول غير أن هذا المعيار قد يخصص بالعرف فاذا جرى العرف على استعمال أمور أخرى غير الإيجاب والقبول للتعبير عن الرضا كالمعاطاة وكتابة الأسعار[٧] على البضائع والمواد الاستهلاكية جاز العمل بمقتضى هذا العرف ومن تخصيص عموم النص بالعرف أن لفظ (ما) في قول

---

(١) (م٤٥) مجلة الاحكام العدلية

(٢) (م٤٣) مجلة الاحكام العدلية

(٣) (م ٣٦) مجلة الاحكام العدلية

(٤) (م٤٤) مجلة الاحكام العدلية

(٥) انظر التوضيح على التنقيح مع التلويح والحواشي ٢٠٧/١. مشكاة الانوار المرجع السابق ٨٩/١ شرح الاسنوي مع البيضاوي ٧٥/٢.

(٦) سورة النساء/٢٩.

(٧) ٤٥/٤ تخريج الفروع على الاصول للزنجاني ص٦٢.

الرسول ﷺ (فيما سقتِ السَّماءُ العُشرُ وفيما سُقِيَ بنضحٍ أو داليةٍ نصفُ العُشرِ)[1] عام في كل ما تخرجه الأرض من الزرع ويؤتيه الشجر من الثمر، ولكن العرف العام جرى بان يأكل صاحب الزرع أو الشجر منه ويطعم عياله ومن ينزل به من الناس قبل إخراج الزكاة وبذلك يعتبر هذا العرف مخصصا لعموم النص المذكور.[2]

ومن تخصيص عموم حديث (نهى رسول الله عن أن يبيع الإنسان ما ليس عنده)[3] بالعرف العام الذي يقضي بصحة عقد الإستصناع الذي تعارفه النص منذ زمن بعيد لحاجتهم إليه.

ومنه تخصيص عموم قول الرسول ﷺ (الناس شركاء في ثلاثة في الماء والكلأ والنار ـ الوقود)[4] بالعرف العام الذي يعتبر الماء المحرز ملكا لمن احرزه[5] ويرى الإمام مالك (رحمه الله): إن عموم قوله تعالى (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ)[6] يخصص بالعرف الذي يقضي بالإرضاع من غير الأم اذا ساد هذا العرف في بلد ما

وقد اعتبر المشرع العراقي العرف مخصصا لعموم القاعدة القانونية حيث تنص المادة (٣٩٨) من القانون المدني النافذ على أن (نفقات الوفاء على المدين إلا اذا وجد اتفاق أو عرف أو نص يقضي بغير ذلك).

ثالثا ـ تخصيص النص بالإجماع[7]:

ذهب بعض فقهاء الشريعة إلى جواز تخصيص النص العام بالإجماع، لأنه دليل قطعي لا يمكن الخطأ فيه. والنص العام يتطرق لمدلوله الاحتمال، لان دلالته ظنية، وبذلك يمكن

---

(١) ابن حزم في المحلى ٥/٢١٩.

(٢) الاستاذ علي حسب الله، اصول التشريع الاسلامي ص٢٤٣.

(٣) عن حكيم بن حزام: نهاني رسولُ اللهِ ﷺ عن بيعِ ما ليس عِندي.. ابن الأثير–شرح مسند الشافعي٤/٤٨

(٤) إرواء الغليل ٦/٧

(٥) المرجع السابق.

(٦) سورة البقرة/٢٣٣.

(٧) وهو اتفاق مجتهدي امة محمد ﷺ في عصر من العصور بعد وفاة الرسول على حكم شرعي إجتهادي لسند.

اعتبار الإجماع من الأدلة التي تُخصص العام[١]، كتخصيص عموم قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِي لِلصَّلَاةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ)[٢] بالإجماع، فقالوا: إن عموم هذا النص الذي يدل على وجوب ترك المعاملات المالية وغيرها أثناء أداء فريضة صلاة الجمعة لا يشمل المرأة بالإجماع فهي لا تجب عليها صلاة الجمعة لذا يحق لها ممارسة الأعمال التجارية وغيرها أثناء إقامة صلاة الجمعة [٣].

ومن وجهة نظري: إن الدليل المخصص للنص العام ليس الإجماع ذاته وإنما الدليل الذي استند إليه الإجماع لانعقاده، لان لكل إجماع مستمسكا يستند إليه المجمعون غير أن هذا الدليل يتقوى بوساطة الإجماع وقد يصبح دليلا قطعيا بعد أن كان ظنيا قبل الإجماع[٤] أما بالنسبة للقانون فيمكن أن يقال بجواز تخصيص عموم النص بإجماع أعضاء البرلمان على ذلك قياسا على جواز تخصيص النص الشرعي بإجماع فقهاء المسلمين.

رابعا ـ تخصيص النص بالقياس[٥]:

يرى بعض فقهاء المسلمين جواز تخصيص النص العام بالقياس، لأنه دليل شرعي ومصدر كاشف من مصادر الفقه الإسلامي.

والواقع إن القياس يعتبر طريقة من طرق تفسير النصوص في مجال التوسيع وتعميم حكم النص لوقائع كثيرة وهي تشترك في علة الحكم وانه مصدر كاشف لقصد المشرع ، وبناء على ذلك يجوز أن يعتبر مخصصا أيضا ومضيقا لنطاق النص خلافا لوظيفته الأساسية وهي توسيع دائرة تطبيق النص.

مثال ذلك: قال تعالى (وَمَن دَخَلَهُ كَانَ آمِناً)[٦] فلفظ (من) اسم موصول ومِنْ صيغ

---

(١) المستصفى للغزالي ص ٣٤٧

(٢) سورة الجمعة /٩

(٣) ارشاد الفحول/١٥٩

(٤) ويؤيد ذلك ما جاء في الاحكام للامدي (١٥٣/٢) من انه اذا راينا اهل الاجماع قاضين بما يخالف العموم في بعض الصور علمنا انهم ما قضوا به الا وقد اطلعوا على دليل مخصص له نفيا للخطأ عنهم، وعلى هذا فمعنى اطلاقنا ان الاجماع مخصص للنص انه معرف للدليل المخصص لا انه في نفسه هو المخصص.

(٥) وهو الحاق واقعة لم يرد بشأنها نص بواقعة اخرى مشابهة لها ورد بصددها النص لاشتراك الواقعتين في علة الحكم

(٦) سورة آل عمران /٩٧

العموم يدل على أن كل مجرم اذا التجأ إلى بيت الله الحرام في مكة المكرمة لا تنفذ العقوبة عليه ما دام باقيا فيه احتراما وتقديرا لمكانة البيت، غير أن بعضا من فقهاء المسلمين[1] أخرج من عموم هذا النص المجرم مهدر الدم كالقاتل الذي يجب عليه القصاص بالإعدام فان التجاءه إلى البيت لا يعصمه من عقوبة القصاص قياسا على قصاص الأطراف (الاعتداء على ما دون النفس) من أعضاء جسم الإنسان أو قياسا على من يرتكب الجريمة داخل الحرم[2]

خامسا ـ تخصيص النص بالمصلحة:

من البدهي إن الأحكام الشرعية لم تأت إلا لمصلحة الإنسان، فاذا عارضت مصلحة مشروعة نصاً من نصوص الكتاب أو السنة، فان هذا يعني معارضتها لنص دال على مصلحة أو للمصلحة ذاتها فتكون المعارضة في حقيقتها بين نصين[3] أو بين مصلحتين[4].

ومعارضة المصلحة للنص لا تكون إلا في جزئيات يعد اعتبارها فيها استثناء من قاعدة النص ولا يعد إلغاء له. فاذا تبين في بعض الجزئيات أن العمل بالنص العام لا يحقق المصلحة المقصودة بل يترجح إفضاؤه إلى مفسدة وجب استثناء هذه الجزئيات في أضيق الحدود تحقيقا للمصلحة المشروعة ويبقى النص قائما فيما عداها. كما لو أشرف إنسان أو جماعة على الموت جوعا فانه يجب إطعامهم من مال الغير عنوة[5] في هذا اعتداء على حرمة المال وقد قال تعالى (**لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ**) لكنه استثناء لعارض في مسألة جزئية لا يبطل القاعدة العامة التي تحرم العدوان على أموال الناس في كل حال. وهذا الاستثناء هو ما يسميه الأصوليون (التخصيص) وقد أقره القرآن الكريم وأكده الرسول العظيم صلى الله عليه وسلم وطبقه فقهاء الصحابة والتابعين، والأئمة المجتهدون. وعلى سبيل المثال:

أجاز القرآن الكريم للمضطر استثناء أن يأكل من الميتة رعاية لمصلحة الحفاظ على حياته في قوله تعالى (**فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**)[6].

---

(١) كالشافعي رحمه الله

(٢) راجع تخريج الفروع على الاصول للزنجاني ص٥٧ وما بعدها

(٣) أي النص المعارض والنص الدال على رعاية المصلحة كما يقول العلامة الطوفي.

(٤) المصلحة التي تعارض النص والمصلحة التي يدل عليها النص المعارض.

(٥) مع دفع المثل أو القيمة عند المقدرة.

(٦) سورة المائدة/٣

وأجاز الرسول ﷺ السلم في قوله (من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى اجل معلوم)[١] استثناء من عموم قاعدة منع بيع المعدوم ورعاية للتيسير على الناس.

وأجاز للشفيع أخذ المشفوع فيه من مشتريه لدفع الضرر المتوقع من الشريك الجديد، استثناء من عموم قاعدة احترام الملكية.

واسقط عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) في عام المجاعة عقوبة السرقة استثناء من عموم (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا)[٢] رعاية لمصلحة المحافظة على الأنفس حين وجد أن الحافز على السرقة اقوى أثرا من القطع، وان القطع حينئذ إضرار بالبدن دون أن يتحقق به المقصود الشرعي وهو الكف عن السرقات.

وقضى علي بن أبي طالب(رضي الله عنه) بتضمين الصناع استثناء من عموم نص(لا ضمان على مؤتمن)[٣]وذلك حفاظا على أموال المستصنعين.

وقال نجم الدين الطوفي (رحمه الله): في معارضة المصلحة لدليل شرعي (وان خالفها دليل شرعي وفق بينها وبينه بتخصيصه بها وتقديمها عليه بطريق البيان)[٤].

وقال الشاطبي نقلا عن ابن العربي: (فالعموم اذا استمر والقياس اذا أطرد فان مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم باي دليل كان، ويستحسن مالك أن يتخصص بالمصلحة).[٥]

وجملة الكلام: إن المصلحة المشروعة المعتبرة اذا عارضت نصا عاما تخصص عمومه اذا كانت راجحة على المصلحة المقصودة منه ولا يصح أن تكون هادمة له وحالة محله، وإنما تكون كالاستثناء منه الذي يسمى تخصيصا إذ لو فتح باب تقديمها عليه على الإطلاق لتغيرت معالم الشريعة وزالت قواعدها بمرور الأيام.

وبعد هذا الاستعراض الموجز أرى أن تخصيص النص بالمصلحة يرجع في جوهره وحقيقته إلى تخصيص النص بالنص ولكن لا بأس في تسميته تخصيصا بالمصلحة.

---

(١) رواه البخاري. سبل السلام ٣/٦٤.

(٢) المائدة : ٣٨

(٣) نبيل الاوطار ٥/١٩٦. سنن البيهقي ٦/٢٨٩

(٤) انظر ملحق رسالة(المصلحة في التشريع الاسلامي، نجم الدين الطوفي) للدكتور مصطفى زيد ص٢٥. اصول التشريع الاسلامي للاستاذ على حسب الله ص١٨٠

(٥) الاعتصام للشاطي ٢/٢٣٨، ٣١٩ اصول التشريع الاسلامي المرجع السابق ص١٨١

النسخ

النسخ في لغة العرب ورد بعدة معان منها الإزالة، ومنه قوله تعالى (**فَيَنسَخُ اللَّهُ مَا يُلْقِي الشَّيْطَانُ ثُمَّ يُحْكِمُ اللَّهُ آيَاتِهِ**).[1]

النسخ في اصطلاح السلف: هو كل ما يطرأ على ظاهر النص من تخصيص عمومه، أو تقييد مطلقه، أو الرخصة، أو بيان مجمله، أو تدريج حكمه، أو نحو ذلك.

قال الإمام ابن العربي عند تفسير أية (**وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ**)[2]:إن العلماء المتقدمين من الفقهاء والمفسرين كانوا يُسمون التخصيص نسخاً، لأنه رفع بعض ما يتناوله العموم، وجرى ذلك على ألسنتهم حتى أشكل على مَن بعدهم.[3]

النسخ في اصطلاح المتأخرين: إلغاء حكم شرعي سابق بدليل شرعي لا حق.

إمكانية النسخ:

١. لا خلاف في أن الشرائع الإلهية السابقة نُسخت أحكامها الفرعية[4] التي تختلف باختلاف الزمان والمكان بالشريعة الإسلامية، لأن القران الكريم هو الدستور الإلهي الأخير جاء معدلا للدساتير السابقة فألغى منها ما كانت قابلة للإلغاء، وأقرّت منها ما كانت غير قابلة له، كالأحكام الاعتقادية وآيات الأحكام التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، وأصبحت تلك الأحكام الباقية جزء من شريعة الإسلام، كما أن الدستور الوضعي يلغي بعض أحكام الدستور السابق ويُقر بعضها، فيُصبح هذا البعض جزء من الدستور الجديد.

٢. لا خلاف في أن السنة النبوية نُسخت بالسنة النبوية، ومن تطبيقات هذا النسخ قول الرسولﷺ: (كنتُ نَهَيتُكم عن زيارةِ القُبورِ فزُوروها أو ألا فزُوروها)[5].

---

(١) سورة الحج/ ٥٢.

(٢) سورة البقرة/ ٢٣٣

(٣) القرطبي: ١٦٩/٣.

(٤) اما الاحكام الاعتقادية التي هي عبارة عن الايمان بالله وما يتفرع عليه من المغيبات فهي واحدة في جميع الاديان السماوية فلا يسري عليها النسخ لانها من اصول الدين والدين واحد في شرائع الله.

(٥) رواه مسلم ١٠٢٣/٢، واحمد في مسنده .

٣. لا خلاف في نسخ السنة النبوية بالقرآن الكريم، كنسخ التوجه إلى بيت المقدس بعد أن تقرر هذا التوجه بالسنة النبوية، حيث بقي بعد الهجرة مستمرا هذا التوجه لفترة تتراوح بين ثلاثة عشر شهراً وثمانية عشر يوما، بحسب الاختلاف في رواية هذا الموضوع، فألغى القران ذلك وأمر بالتوجه إلى البيت الله الحرام في مكة المكرمة.

٤. لا خلاف في جواز نسخ القرآن بالقرآن عقلاً، لأنه أمر ممكن والله قادر على جميع الممكنات، لكنه غير واقع فعلاً، كما يأتي إثبات ذلك.

٥. لا خلاف (أو يجب أن لا يوجد) في أن النسخ لا يسري-لا عقلاً ولا فعلاً- على الأخبار والوعد والوعيد والأحكام الاعتقادية والأحكام الأبدية.

٦. لا خلاف في أن في القرآن آيات توقف العمل بها، لأن أحكامها كانت منوطة بأسباب زالت هذه الأسباب من غير رجعة. ومنها الآيات المتعلقة بأحكام العبيد والجواري كما في قوله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[1] وقوله تعالى ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاء إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[2] وغير ذلك من الآيات التي تناولت الأحكام المتعلقة بنظام العبيد والجواري، لأن الإسلام أتى بنظام تحرير الإنسان من العبودية لغير ذات الله ولم يُقر نظام الاسترقاق واستعباد الإنسان لأخيه الإنسان، وإنما وضع مقدمات لإنهاء هذا النظام البغيض في فترة انتقالية قد انتهت من غير رجعة.

أدلة أنصار النسخ في القران:

استدل القائلون بالنسخ في القرآن ببعض الآيات القرآنية منها:

أ ـ قوله تعالى ﴿مَا نَنسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلِهَا﴾[3].

ب ـ قوله تعالى ﴿يَمْحُو اللّهُ مَا يَشَاءُ وَيُثْبِتُ وَعِندَهُ أُمُّ الْكِتَابِ﴾[4].

ج ـ قوله تعالى ﴿وَإِذَا بَدَّلْنَا آيَةً مَّكَانَ آيَةٍ وَاللّهُ أَعْلَمُ بِمَا يُنَزِّلُ قَالُواْ إِنَّمَا أَنتَ مُفْتَرٍ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لاَ يَعْلَمُونَ﴾[5].

---

[1] سورة النساء /٣.

[2] سورة النساء /٢٤.

[3] سورة البقرة /١٠٦.

[4] سورة الرعد/٣٩.

[5] سورة النحل/١٠١.

مناقشة الاستدلال بهذه الآيات :

الآية الأولى (١٠٦): ﴿مَا نَنسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلِهَا﴾ جواب لآية (١٠٥) ﴿مَّا يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلاَ الْمُشْرِكِينَ أَن يُنَزَّلَ عَلَيْكُم مِّنْ خَيْرٍ مِّن رَّبِّكُمْ وَاللّهُ يَخْتَصُّ بِرَحْمَتِهِ مَن يَشَاءُ وَاللّهُ ذُو الْفَضْلِ الْعَظِيمِ﴾، والمراد من (الآية) في قوله تعالى (مَا نَنسَخْ مِنْ آيَةٍ) الآية في الكتب السابقة، وليس المراد نسخ الآية القرآنية، لأن هذه الآية جواب لآية (١٠٥) قبلها.

وكذلك تدل على أن المراد من لفظ(آية) المعجزة، الآيتان التاليتان لهذه الآية في سورة البقرة وهما:

أ ـ قوله تعالى ﴿أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَمَا لَكُم مِّن دُونِ اللّهِ مِن وَلِيٍّ وَلاَ نَصِيرٍ)[1].

ب ـ قوله تعالى ﴿أَمْ تُرِيدُونَ أَن تَسْأَلُواْ رَسُولَكُمْ كَمَا سُئِلَ مُوسَى مِن قَبْلُ وَمَن يَتَبَدَّلِ الْكُفْرَ بِالإِيمَانِ فَقَدْ ضَلَّ سَوَاءَ السَّبِيلِ﴾[2].

وسؤال بني إسرائيل من موسى هو ما جاء في قوله تعالى ﴿وَإِذْ قُلْتُمْ يَا مُوسَى لَن نُّؤْمِنَ لَكَ حَتَّى نَرَى اللَّهَ جَهْرَةً فَأَخَذَتْكُمُ الصَّاعِقَةُ وَأَنتُمْ تَنظُرُونَ﴾[3].

ومن الواضح أن الصلة وثيقة بين الآيات القرآنية والترابط متين بينها بحيث يُفسر بعضها بعضاً.

الآية الثانية ـ قوله تعالى ﴿يَمْحُو اللّهُ مَا يَشَاءُ وَيُثْبِتُ وَعِندَهُ أُمُّ الْكِتَابِ﴾[4].

استدل البعض بهذه الآية على وقوع النسخ في القران، على أساس تفسير المحو بالنسخ والإثبات بالناسخ، وهذا الظن اجتهاد خاطئ للأسباب الآتية:

١. القران يفسر بعضه بعضا والترابط موجود بين آياته وان الآيات التي تلي هذه الآية لا تنسجم مع حمل المحو على النسخ، لأنها صريحة في أن المراد به التبدلات الكونية، كما تفهم هذه الحقيقة من قوله تعالى ﴿أَوَلَمْ يَرَوْاْ أَنَّا نَأْتِي الأَرْضَ نَنقُصُهَا مِنْ

---

[1] سورة البقرة /١٠٧.

[2] سورة البقرة/١٠٨.

[3] سورة البقرة/ ٥٥.

[4] سورة الرعد /٣٩.

أَطْرَافِهَا وَاللَّهُ يَحْكُمُ لاَ مُعَقِّبَ لِحُكْمِهِ وَهُوَ سَرِيعُ الْحِسَابِ﴾[1] فالمراد يمحو ما يشاء من المخلوقات ويثبت ما يشاء منها، فالكل ملكه وهو يتصرف في ملكه ما يشاء في ضوء حكمته، لتدل هذه التغيرات على أن العالم حادث ولكل حادث محدث وهو الله سبحانه وتعالى.

٢. المحو عام والنسخ من جزئياته وصورة من صوره، فهو كما يتحقق في النسخ يتحقق في غيره، ولا يجوز الاستدلال بالأعم على وجود الأخص.

٣- للمحو والإثبات احتمالات كثيرة منها:

أ- يمحو من الرزق ويزيد فيه، ويمحو السعادة والشقاوة ويثبتهما.

ب- يمحو بالتوبة جميع الذنوب ويثبت بدل الذنوب حسنات، كما يدل على ذلك قوله تعالى **﴿إِلَّا مَن تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلاً صَالِحاً فَأُوْلَئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ﴾**.

ج- يمحو ما يشاء من القرون ويثبت ما يشاء منها، كما يدل على ذلك قوله تعالى **﴿ثُمَّ أَنشَأْنَا مِن بَعْدِهِمْ قَرْناً آخَرِينَ﴾** وقوله **﴿كَمْ أَهْلَكْنَا قَبْلَهُم مِّنَ الْقُرُونِ﴾**.

٣- كل آية من آيات القرآن ثابتة تلاوةً وحكماً بالتواتر، والآية المذكورة تدل على النسخ دلالة ظنية والثابت باليقين لا يزول بالظن.

الآية الثالثة ـ قوله تعالى ﴿وَإِذَا بَدَّلْنَا آيَةً مَّكَانَ آيَةٍ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا يُنَزِّلُ قَالُواْ إِنَّمَا أَنتَ مُفْتَرٍ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لاَ يَعْلَمُونَ﴾.

ورد في القران الكريم لفظ(تبديل) ومشتقاته في اكثر من أربعين مرة ترجع كلها إلى صور ثلاث وهي:

أ ـ مقترنا بحرف الباء كما في قوله تعالى**﴿وَمَن يَتَبَدَّلِ الْكُفْرَ بِالإِيمَانِ فَقَدْ ضَلَّ سَوَاءَ السَّبِيلِ﴾**[2] وكما في قوله تعالى **﴿أَتَسْتَبْدِلُونَ الَّذِي هُوَ أَدْنَى بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ﴾**[3] والباء في هذه الصورة تدخل على المبدل منه وبعض الكُتاب يدخلونها على البدل خطأً.

---

(1) سورة الرعد/٤١.

(2) سورة البقرة/١٠٨.

(3) سورة البقرة/ ٦١.

ب ـ قد يذكر لفظ تبديل ومشتقاته مع لفظ(مكان) كما في قوله تعالى ﴿ثُمَّ بَدَّلْنَا مَكَانَ السَّيِّئَةِ الْحَسَنَةَ﴾[1] الآية وكما في قوله تعالى ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلاَ تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُّبِيناً﴾[2].

ج ـ واحيانا يذكر لفظ التبديل ومشتقاته غير مقترن لا بالباء ولا بالمكان، كما في قوله تعالى ﴿فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾[3] وذهب البعض[4] إلى أن التبديل في آية ﴿وَإِذَا بَدَّلْنَا آيَةً مَّكَانَ آيَةٍ﴾..الخ يراد به النسخ، أي اذا نسخنا آية ووضعنا أخرى ناسخة مكانها، قال الكافرون إن هذا افتراء على الله، وهذا التصوير خاطئ من الأوجه الآتية:

١. لفظ آية مشترك لفظي ـ كما ذكرنا سابقاً ـ بين الآية القرآنية والآية في جميع الشرائع الالهية السابقة، والمعجزة، والعلامة، فالقران استعملها بهذه المعاني الأربعة، وحمل المشترك اللفظي على معنى من معانيه بدون قرينة قاطعة تحدد هذا المعنى يكون حملا اجتهاديا ظنيا، وثبوت القران قطعي، وما ثبت لفظاً وحكماً بدليل قطعي لا يزول بدليل ظني لعدم التكافؤ بين الدليلين.

٢. المراد من قوله تعالى ﴿وَإِذَا بَدَّلْنَا آيَةً مَّكَانَ آيَةٍ﴾ هو انه اذا استبدلنا آية من القران بآية من التوراة والإنجيل أو غيرهما من الشرائع السابقة، قال أهل الكتاب هذا افتراء على الله . كما في الآية (١٠٥) من سورة البقرة.

الأدلة العقلية القطعية على عدم وجود النسخ في القرآن:

ما ذكرناه كان من الأدلة النقلية، وهناك أدلة عقلية تدل على عدم وجود النسخ في القرآن على الإحتمالات المتصورة، ومنها ما يلي:

أ- لم يعلم سبحانه وتعالى حين تشريع الحكم الأول الملغى، أن الحكم الجديد البديل الناسخ أصلح من المنسوخ. وهذا يستلزم نسبة الجهل إلى الله تعالى واللازم باطل باتفاق العقلاء وكذلك الملزوم.

---

[1] سورة الاعراف /٩٥.
[2] سورة النساء /٢٠.
[3] سورة البقرة /١٨١.
[4] وهم انصار النسخ

ب- أو كان يعلم ذلك ولكن كان عاجزاً آنذاك عن الإتيان بهذا البديل(الناسخ) وهذا يستلزم نسبة العجز إلى الله واللازم باطل بلا خلاف وكذلك الملزوم.

ج- أو كان يعلم أن الناسخ أصلح للبقاء من المنسوخ وكان قادراً عليه ورغم ذلك فضل النسخ على الإتيان بالأصلح حين التشريع، وهذا مرفوض أيضاً باتفاق العقلاء لأنه من باب العبث والسفه، والله سبحانه منزهٌ عنهما.

د- أو كان مركز المسلمين في البداية ضعيفاً، لذا سمح القرآن بالتعامل الحسن مع غير المسلمين بصوره تدريجية والتساهل معهم، وفضل الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة على استخدام العنف والقوة، كما قال تعالى ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُم بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَن ضَلَّ عَن سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ﴾[1]. ولما تقوّى مركزهم وتمكنوا من استخدام القوة، تبدلت الرسالة المحمدية من أسلوب الطريقة السلمية إلى أسلوب القوة ، واستخدام طريقة العنف والإرهاب، وهذا ما زعمه المستشرقون فيما كتبوه عن الإسلام والمسلمين في تعاملهم مع غير المسلمين، وهذا الزعم باطل، لأن الطرف الداعي إلى الصواب هو الله ولم يكن المسلمين، ولا يُتصور بالنسبة إلى الله الضعف.

هـ- أو كان النسخ مبنياً على أساس تغيُر المصالح، فالحكم المنسوخ كان لمصلحة تغيرت واستوجبت حكماً جديداً وهو حكم الناسخ، ليتلاءم مع المصلحة الجديدة. وهذا ما ظنه أكثر المفسرين للقرآن الكريم، وهو مردود بأن نسخ أكثر من (٢٥٠) آية قرآنية على أساس تغيُر المصالح خلال (٢٣) سنة من عمر الوحي في بيئة متخلفة كالجزيرة العربية آنذاك، يستلزم أن يُلغى العمل بالقرآن كله في هذا العصر المتقدم أو في العصور الآتية، بعد أن تغيرت المصالح البشرية أكثر من مئة ضعف، وهذا أيضاً باطل يرفضه كل عقل سليم.

شبهة الخلط بين شروط نسخ القرآن وغيره:

لم يُفرق علماء أصول الفقه بين نسخ القرآن وغيره في الشروط، رغم أن شروط النسخ في القرآن يختلف عن شروطه في غير القرآن. وهي الأربعة الآتية:

---

[1] سورة النحل : ١٢٥.

الشرط الأول- ثبوت القرآنية لكل ما يسمى الناسخ والمنسوخ في القرآن بناء على القاعدة المجمع عليها أيضاً من لدن علماء المسلمين من السلف الصالح والخلف على: (أن كل جزء من أجزاء القرآن متواتر) وعلى أن عكس النقيض الموافق لهذه القاعدة الذي مجمع عليه أيضاً هو: (أن كل ما لم يكن متواتراً ليس جزءاً من القرآن)[١].

الشرط الثاني- ثبوت تأخر الناسخ عن المنسوخ في النزول بالتواتر، وهذا لم يثبت أيضاً.

الشرط الثالث- قابلية الحكم للنسخ، فأحكام الأخبار والوعد والوعيد لا تقبل النسخ[٢]. لأن الحكم المنسوخ – على حد زعمهم – كان قبل النسخ من القرآن وثبتت قرآنيته بالتواتر وما ثبت بالتواتر لا يزول إلا بالتواتر. وبتعبير آخر أن ما ثبت باليقين لا يزول إلا باليقين.

الشرط الرابع- وجود التناقض بين (الناسخ والمنسوخ)، لأن النسخ إما صريح أو ضمني:

أ-النسخ الصريح: لا يوجد في القرآن الكريم النسخ الصريح، بأن يُقال هذه الآية نسخت بتلك الآية، والنسخ الصريح موجود في الأحاديث النبوية وفي القوانين الوضعية، ولكنه غير موجود في القرآن.

ب- النسخ الضمني: وهو أن يكون بين آيتين في القرآن تناقضاً، يُرفع بالقول بأن الآية المتأخرة في التشريع نسخت الآية المتقدمة لرفع التناقض بينهما، لأن المتناقضين لا يجتمعان ولا يرتفعان باتفاق آراء العقلاء والعلماء. والتناقض بين دليلين أو نصين لا يتحقق إلا بعد توفر الشروط الآتية:

١. **وحدة الموضوع** (أو المحكوم عليه أو المسند إليه) فلا تناقض بين (عقد كامل الأهلية صحيح) و (عقد عديم الأهلية باطل) لعدم وحدة الموضوع. وكذلك لا تناقض بين قوله تعالى ﴿وَاللاَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ

---

[١] فلا صحة للقول بأن الرضاع المحرم كان في القرآن عشر رضعات نُسخن بخمس رضعات، ذلك لان كلاً من الناسخ والمنسوخ من أحاديث الآحاد في السنة النبوية. كما أنه لا صحة للقول بأن (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة) من القرآن لأن هذا إضافة إلى كونه من أخبار الآحاد كان قولاً شائعاً في عرف العرب قبل الإسلام، وكذلك أمثال هذه الروايات التي أعتبرت من الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم وهي بعيدة عنه، لأن القرآن متواتر وتلك الروايات آحادية.

[٢] وكذا المعتقدات وأمهات الأحكام التي لا تختلف بإختلاف الأديان.

فَاسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىَ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً﴾[1] وقوله تعالى ﴿**وَاللَّذَانَ يَأْتِيَانِهَا مِنكُمْ فَآذُوهُمَا فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُواْ عَنْهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ تَوَّاباً رَّحِيماً﴾**[2] وقوله تعالى ﴿**الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾**[3]. لأن موضوع الحكم في هذه الآيات الثلاث يختلف، فموضوع الآية الأولى جريمة المساحقة بين الأنثيين، وموضوع الثانية جريمة اللواط بين الذكرين، وموضوع الثالثة جريمة الزنا بين الذكر والأنثى. فلا تناقض بين هذه الآيات لعدم وحدة الموضوع حتى تُعتبر المتأخرة منها ناسخة للمتقدمة، كما زعم كثير من الناس.

٢. **وحدة المحمول:** فلا تناقض بين (عديم الأهلية يسأل مدنيا) و (عديم الأهلية لا يسأل جنائياً) أي في حالة إلحاق الضرر بالغير. وكذلك لا تناقض بين آية ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾**[4]. وبين آية ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً وَصِيَّةً لِّأَزْوَاجِهِم مَّتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِيَ أَنفُسِهِنَّ مِن مَّعْرُوفٍ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** ﴿**البقرة : ٢٤٠**﴾﴾[5]. لأن الآية الأولى خاصة بحق الله، والآية الثانية تخص حق الزوجة، والمحمول في الآيتين يختلف، فلا تناقض وبالتالي لا نسخ.

٣. **وحدة الزمان:** فلا تناقض بين (يجب الصيام في نهار رمضان) و (لا يجب الصيام في ليالي رمضان).

---

[1] النساء : ١٥

[2] النساء : ١٦

[3] النور : ٢

[4] البقرة : ٢٣٤

[5] البقرة : ٢٤٠

٤. **وحدة المكان:** فلا تناقض بين (يسري قانون العقوبات العراقي على الجرائم التي ترتكب في إقليم العراق) و (لا يسري على الجرائم التي ترتكب خارج إقليم العراق).

٥. **وحدة الشرط:** فلا تناقض بين (المتهم يعاقب بشرط ثبوت التهمة الموجهة إليه) و (المتهم لا يعاقب بشرط براءته من التهمة) لاختلاف الشرط.

٦. **وحدة الإضافة:** فلا تناقض بين (المتهم يدان بالنسبة إلى الجريمة التي ارتكبها) و (المتهم لا يدان بالنسبة للجريمة التي لم يثبت ارتكابها منه).

٧. **وحدة القوة والفعل:** فلا تناقض بين (الجنين له شخصية قانونية) أي بالقوة والإمكان و (الجنين ليس له شخصية قانونية) أي بالفعل قبل ولادته.

٨. **وحدة الكل والجزء:** فلا تناقض بين (الرمان يؤكل أي جزؤه) وهو اللب و (الرمان لا يؤكل أي كله) لأن القشر لا يؤكل.

٩. **وحدة العزيمة أو الرخصة:** العزيمة عبارة عن الحكم الأصلي كما هو المطلوب من الشارع. والرخصة هو تغير (أو تبدل) الحكم من الصعوبة إلى السهولة لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي. وبناءً على ذلك لا تناقض بين آية ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُواْ مِئَتَيْنِ وَإِن يَكُن مِّنكُم مِّئَةٌ يَغْلِبُواْ أَلْفاً مِّنَ الَّذِينَ كَفَرُواْ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لاَّ يَفْقَهُونَ**﴾[1] وبين آية ﴿**الآنَ خَفَّفَ اللّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفاً فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّئَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُواْ مِئَتَيْنِ وَإِن يَكُن مِّنكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُواْ أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ اللّهِ وَاللّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ**﴾[2]، لأن الحكم في الأولى عزيمة وفي الثانية رخصة. وتبدل الحكم من العزيمة إلى الرخصة لا يُسمى نسخاً باتفاق العلماء والعقلاء، وإنما يُسمى رخصة، ومن قال بالنسخ خلط بينه وبين الرخصة، لأن من قام بحكم العزيمة عند وجود العذر وهو كثرة المسلمين وقلة العزيمة بسبب هذه الكثرة، يُثاب على ما قام به، أكثر مما لو

---

[1] الأنفال : ٦٥

[2] الأنفال : ٦٦

قام بالرخصة.[1]

وكذلك يُعد من باب عدم الوحدة في العزيمة والرخصة ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَاجَيْتُمُ الرَّسُولَ فَقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَةً ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ وَأَطْهَرُ فَإِن لَّمْ تَجِدُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ أَأَشْفَقْتُمْ أَن تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَاتٍ فَإِذْ لَمْ تَفْعَلُوا وَتَابَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَاللَّهُ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾[2].

ففي الآية الأولى تقييد لحرية إرادة المراجعين للرسولﷺ حتى يتفرغ لمعالجة الأمور المهمة التي تخص المسلمين، كما هو موجود في الأنظمة الدولية، حيث لا يُسمح للمواطنين مراجعة رئيس الدولة في كل صغيرة وكبيرة، وإنما تكون هذه المراجعة للقضايا المهمة المستعصية.

وفي الآية الثانية خفف الحكم من تقديم الصدقة التي كانت غير متيسرة لكل مراجع، فبُدِّل بإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة.

١٠- **وحدة الجهة في الموجهات**، فلا تناقض بين كل إنسان كاتبٌ (أي بالإمكان) وكل إنسان ليس بكاتب (أي بالضرورة).

١١- **وحدة الكيف** وهو الإيجاب والسلب في علم المنطق والوجوب والجواز والتحريم أو الصحة والبطلان في الشريعة ونحو ذلك. فلا تناقض بين عدم وجوب الوصية للوارث وجوازها له بعد نزول آيات الميراث، حيث كانت التركة توزع على الورثة عن طريق الوصية. والقول بأن الوصية نُسخت بقول الرسولﷺ ((إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية للوارث)) أو بآيات الميراث، خطأ فاحش، لأن آيات الميراث خصصت عموم آية الوصية ورفعت الوجوب وحلّ محلّه الجواز.

---

[1] هذا الشرط من زيادتي، لأن شروط التناقض في الوحدة بميزان علم المنطق ثمانية كما ذكرنا.

[2] المجادلة : ١٢-١٣

المبحث الثالث

المشترك: أنواعه أثره في غموض النصوص

اللفظ المشترك هو الذي وضع لأكثر من معنى واحد، بوضع واحد أو بأوضاع متعددة. فإذا كان الوضع واحداً، يكون اللفظ مشتركاً معنوياً، وإن كان متعدداً، يكون مشتركاً لفظياً، ونُخصص لدراسة كل منهما مطلباً منفرداً.

المطلب الأول

المشترك المعنوي وأثره في غموض النصوص

المشترك المعنوي: لفظ موضوع وضعاً واحداً لقدر مشترك بين عدة معان. وهي وإن كانت متفقة في هذا القدر المشترك، إلاّ أن لكل منها ماهية خاصة تختلف عن ماهيات الأنواع الأخرى، وبالتالي تختلف معها في الحكم.

وجدير بالذكر، أن كل جنس وكل نوع، يعتبر مشتركاً معنوياً بين ما يندرج تحته من الأنواع والأصناف. وقد سبق تعريفهما في المقدمة.

توضيح ذلك، لفظ (الجريمة) جنس، مفهومه كل محظور معاقب عليه، وهذا المفهوم مشترك معنوي بين جميع أنواع الجريمة، كالقتل والسرقة والزنا ونحوها. ولفظ (القتل) موضوع لإزهاق الروح، ويندرج تحته أصناف القتل، وقد قررت الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لكل صنف حكماً خاصاً وعقوبة منفردة. ومن أهم تلك الأصناف:

١ـ القتل العمد البسيط: وهو الذي لم يقترن بظرف من الظروف المشددة والمخففة. وقد نصّت المادة(٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي على حكمه[1].

٢ـ القتل العمد المقترن بظرف مشدد، يستوجب عقاباً لفاعله، أشد من العقاب المقرر

---

[1] وهي تنص على ان (من قتل نفسا عمدا يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت).

للقاتل العادي. وقد تكفلت المادة(٤٠٦) من القانون المذكور بيان حكمه[١].

٣ـ القتل العمد المقترن بظرف مخفف، فينال الجاني عقاباً أخف من عقوبة القتل البسيط، كما نصّت على ذلك المواد (٤٠٧، ٤٠٨، ٤٠٩) من القانون المذكور.[٢]

٤ـ القتل شبه العمد (أو ما يسمى الضرب المفضي إلى الموت)، الذي ورد حكمه في المادة(٤١٠) منه[٣].

٥ـ القتل خطأً: الذي بيّنت المادة(٤١١)[٤]حكمه.

٦ـ القتل دفاعاً عن النفس أو العرض أو المال، الذي بيّنت حكمه المواد (٤٢ـ٤٦)[٥]منه.

ومن نافلة القول أن نقول: إن المشترك المعنوي هو عامل رئيس من عوامل إجمال أو غموض النصوص ألتي يكون فيها، إذا لم يُحدد الشارع أو المشرع نفسه النوع المراد من الأنواع المندرجة تحت الجنس، والصنف المراد من الأصناف المندرجة تحت النوع، كما حُدد في المواد المذكورة من قانون العقوبات العراقي، كل صنف من أصناف القتل مع حكمه الخاص. ولكن أحيانا لا يُفسر المشرع قصده، ولا يُحدد النوع أو الصنف المراد بالحكم، من أنواع

---

(١) وهو الاعدام اذا اقترن القتل بسبق الاصرار او الترصد، او كان باستعمال مادة سامة او مفرقعة او متفجرة الى غير ذلك من الظروف المشددة الاخرى التي وردت في هذه المادة.

(٢) ومن الظروف المخففة مفاجأة للزوجة او إحدى محارمه، وهي متلبسة بجريمة الزنا، او موجودة في فراش واحد مع شريكها.

(٣) فهو يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن عشرين سنة، مع وجود سبق الاصرار، ولا تزيد على خمسة عشرة سنة بدون سبق الاصرار.

(٤) التي تنص على ان (من قتل شخصاً خطأً أو تسبّب في قتله من غير عمد، بأن كان ذلك ناشئاً عن إهمال، أو رعونة، أو عدم انتباه، أو عدم احتياط، أو عدم مراعاة القوانين والانظمة والأوامر، يعاقب بالحبس والغرامة، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة، وغرامة لا تقل عن تسعمائة دينار...الخ.

(٥) تنص المادة(٤٢) على أنه (لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي...الخ).
وتنص المادة (٤٣) على ان (حق الدفاع الشرعي عن النفس، لا يبيح القتل قصداً، إلا إذا أريد به دفع أحد الأمور التالية: فعل يتخوف أن يحدث منه الموت...الخ).
وتنص المادة(٤٤) (حق الدفاع الشرعي عن المال، لا يبيح القتل عمداً، إلاّ إذا أريد به دفع أحد الأمور التالية...الخ).
المادة(٤٥) (لا يبيح حق الدفاع الشرعي، إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع...الخ) .
المادة(٤٦) (لا يبيح حق الدفاع مقاومة أحد أفراد السلطة العامة...الخ).

وأصناف المشترك المعنوي، فيؤدي ذلك إلى اختلاف المفسرين من الفقهاء والقضاة، في تحديد المراد، كما في قول ﷺ (لا يرث القاتل)، فلفظ القاتل في هذا النص مشترك معنوي، لأن مأخذ اشتقاقه (القتل)، وهو مشترك معنوي، ولم يُحدد الرسول ﷺ الصنف المانع من أصناف القتل، الأمر الذي أدّى إلى اختلاف فقهاء المسلمين في تفسيره، وتحديد المراد منه كما يلي:-

١ـ قال الحنيفة: القتل المانع من الميراث، هو القتل الموجب للقَوَد (القصاص)، أو الكفّارة، ويكون بالمباشرة دون التسبب.[١]

٢ـ وقال المالكية: المانع هو القتل العمد على وجه الظلم والعدوان، فالقاتل خطأً يرث ولكن يُحرم من حصته من الديّة التي يدفعها هو أو عاقلته أو جهة أخرى.[٢] ومن الغريب أن المالكية قالوا: لا يرث القاتل مُورثه ولو كان صبياً أو مجنوناً، متى كان القتل عمدا عدوانا..[٣] مع انه لا يتأتى العمد العدوان من الصبي والمجنون.

٣ـ وللشافعية آراء مختلفة: فمنهم من يرى أن القتل المانع هو ما يكون مضمونا (أي موجباً للقصاص أو الدية أو الكفارة).

ومنهم من قال أن المانع هو قتل من يُتهم بأن قتله كان لاستعجال الميراث، كمن يدعى انه قُتل خطأً.

ومنهم من ذهب إلى أن القاتل لا يرث مطلقاً، أخذا بعموم النص، أي حملا للنص المشترك على جميع أنواعه، سداً للباب، وقد اختاره الشيرازي في كتابه المهذب[٤]، وقال ابن قدامة هو ظاهر مذهب الشافعي.[٥]

٤ـ وقالت الحنابلة: (القاتل لا يرث مقتوله، سواء كان القتل عمداً أو خطأ، أي ما كان مضموناً بقَوَد أو دية أو كفارة من العمد والخطأ والجاري مجرى الخطأ بالتسبب وقتل

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الابصار مع رد المختار٦/٧٦٧.

(٢) تحفة الحكام، لابي بكر محمد الغرناطي، مع شرحه ميارة الفاس للامام محمد بن احمد، مطبعة الاستقامة، القاهرة ٢/٣١٣.

(٣) الشرح الصغير للدردير مع الصاوى ٢/٤٧٥.

(٤) ٢/٢٤.

(٥) المغني لابن قدامة ٦/٢٩٢.

الصبي والمجنون والنائم... أما ما ليس مضموناً كالقتل قصاصا أو حداً أو دفاعاً عن النفس، فانه لا يكون مانعا.[1]

٥ـ وقال الجعفرية: المانع هو القتل العمد في معصية، أي دون مبرر، أما اذا كان له مبرر كالقصاص، فلا يكون مانعا.[2] ويتفق هذا مع رأي المالكية، إلا إنهم لا يقولون بنسبة العمد إلى الصبي أو المجنون.

٦ـ وقال الأباضية: إن القتل مانع بجميع أنواعه،[3] وهذا يتفق مع الرأي الثالث في مذهب الشافعية.

٧ـ وقال الزيدية: إن المانع هو القتل العمد.[4]

ومن هذا الاستعراض لآراء فقهاء المسلمين في مختلف المذاهب، يتبين لنا أن هذا الاشتراك المعنوي في النص، يكون سببا لغموضه، إن لم يُفسره المشرع، كما في الحديث المذكور (لا يرث القاتل)، وكما في المادة(٦٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل، التي تنص على أنه يشترط في الموصى له أن لا يكون قاتلا للموصي.

٨ ـ وقال الظاهرية: القتل لا يُعتبر مانعاً مطلقاً، أخذاً بعموم نصوص القرآن في أحكام المواريث من جهة، ولعدم ثبوت الحديث المذكور لديهم من جهة أخرى.[5]

ومن وجهة نظري إن المانع من الميراث هو القتل الذي يتوفر فيه القصد الجنائي، بأن يكون عمداً وعدواناً، لأن هذا النوع من القتل هو الذي يُبطل مفعول الرابطة السببية بين الوارث والمورِّث، سواء أكانت تلك الرابطة قرابة أم زوجيةً.

ولذا أقترح أن يحدد المشرع العراقي الصنف الذي يكون مانعاً من الميراث، من أصناف القتل، دفعاً للخلاف، وحذراً من تطبيق السنص الشرعي أو القانوني، بناء على تفسير يتعارض مع العدالة التي يتوخاها كل تشريع سماوي أو ارضي، وذلك أُسوةً بالمشرع المصري الذي نصّ في المادة(٥) من قانون الأحوال الشخصية على أن (من موانع الإرث، قتل المورِّث

---

[1] المغني، المرجع السابق ٦/٢٩١.

[2] الخلاف في الفقه للإمام أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، الطبعة الثانية ـ طهران/١٣٨٣هـ ٢/٣٩

[3] شرح النيل وشفاء العليل، للشيخ محمد بن يوسف ،أطفيش المطبعة السلفية ١٣٤٣هـ ٨/٢٦٩.

[4] جاء في البحر الزخار(٥/٣٦٧): سئل علي ﷺ عن رجل قتل ابنه، فقال ان كان خطأً ورث، وان كان عمداً لم يرث.

[5] المحلى لابن حزم الظاهري(٣٨٣ ـ٤٥٦) علي بن احمد بن حزم الظاهري ٩/٣٠٦.

عدواناً، سواء كان القاتل فاعلاً اصلياً أم شريكاً، أم كان شاهد زور أدّت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، اذا كان القتل بلا حقٍّ ولا عذرٍ، ويُعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي).[١]

ويتفق ما ورد في هذا النص حول تحديد المراد من القتل المانع مع مذهب الزيدية، كما يتفق مع روح العدالة.

المطلب الثاني

المشترك اللفظي وأثره في غموض النصوص

المشترك اللفظي: هو لفظ وُضع لمعنيين مختلفين فأكثر بأوضاع متعددة.

اختلف علماء أصول الفقه في وجود المشترك اللفظي في اللغة العربية بصورة عامة، وفي النصوص بصورة خاصة، على ثلاثة آراء:

أ ـ قال البعض بعدم وجوده، بل باستحالة وجوده، وأن ما يُظن مشتركا بين معنيين، فهو حقيقة في أحدهما ومجاز في الآخر، أو مشترك معنوي بينهما. واستندوا إلى عدة أدلة، أوضحها هو أن وجوده يكون سبباً للغموض في النصوص وألفاظ المحاورات، وبالتالي يكون مخلاً بفهم المقصود.

ورد هذا الدليل بأن المقصود من الألفاظ هو الفهم التفصيلي أو الإجمالي المبيّن بالقرينة، فاذا انتفت يُحمل على معنييه معاً.

ب ـ وذهبت جماعة إلى نفيه في النصوص فقط، لأنه يُوجب الغموض فيها، فعندئذ إما أن يُبيَّن في نفس النص، فيلزم التطويل بلا فائدة، وهو مُخل بالصياغة الفنية للنصوص، وإما ألا يكون مبيَّنا، فيكون مُخلا بالمقصود وموجبا لعدم تطبيق النص بصورة صحيحة.

ج ـ وقال الأخرون بوجوده مطلقاً، بل بوجوب وجوده، لأنه لو لم يوجد، لخلت أكثر المسميات عن الألفاظ بإزائها، واللازم باطل، لأنه يُفوت التعبير عنها، والملزوم كذلك.

---

[١] انظر الاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى: التركة والميراث في الاسلام ، طبعة ١٩٦٠م ص١٦١.

دليل الملازمة: المسميات غير متناهية والألفاظ متناهية لتركبها من حروف متناهية، فتنفدُ الألفاظ، ويبقى كثير من المسميات بدون الأسماء.

والواقع أن المشترك اللفظي كالمشترك المعنوي موجود فعلا في اللغة العربية في النصوص وغيرها، لقيام أسباب موجبة لذلك، ومنها ما يلي:

أولا: قد تختلف القبائل العربية في وضع بعض الألفاظ لمعانيها، فتضع قبيلة لفظاً لمعنى، بينما تضعه الأخرى لمعنى آخر، وهكذا... كلفظ (العين)، فإنه وُضع لعدة معان منها: الجاسوس، عين الماء، الباصرة، الذهب، الشمس، الميزان، النقد من المال[١]... وقد وُضع لكلٍ من هذه المعاني بوضع منفرد من قبائل متعددة، أو من قبيلة واحدة في فترات زمنية مختلفة.

ثانياً: قد يكون اللفظ مشتركاً معنوياً، وبمرور الأيام تُصبح مشتركاً لفظياً، كلفظ (القُرء) فإنه وُضع في لغة العرب لقدر مشترك، وهو الوقت الذي يتكرر فيه أمر ما عادةً، فكان العرب يقولون للرياح قُرءٌ، أي وقتٌ تهب فيه عادةً، وللحمى قُرء، أي وقت تعود فيه.

وللمرأة قُرء أي وقت للحيض ووقت للطُهر، ثم بتتابع الأجيال أغفل هذا القدر المشترك واستُعمل في الطهر والحيض، فأصبح مشتركاً لفظياً بينهما، فكأنه وضع لكل على الانفراد. وقد استعمله القرآن الكريم على هذا الأساس دون تحديد المعنى المراد من هذين المعنيين، كما في قوله تعالى (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ)[٢] وقد اختلف فقهاء الشريعة في تفسير هذا النص وبيان المعنى المراد للشارع، وذلك بسبب الغموض الذي أحدثه الاشتراك.

فقال الحنفية[٣] والحنابلة[٤] والأباضية[٥]: القرء حيض. وقال الشافعية[٦] والمالكية[١] والشيعة الإمامية[٢] والظاهرية:[٣] أن المراد به الطهر، واستند كل إلى ما يعزز رأيه في التفسير من الأدلة والقرائن.

---

(١) اصول السرخسي١/١٢٦

(٢) سورة البقرة/ ٢٢٨

(٣) الهداية وشرح فتح القدير ٤/٣٠٨.

(٤) المغني لإبن قدامة ٧/٤٥١.

(٥) كتاب النكاح للجناوني ص٣١٢.

(٦) مغني المحتاج للشربيني ٣/٣٨٥.

ثمرة هذا الخلاف:

ثمرة هذا الخلاف هو الاختلاف في الأحكام التالية:

١ ـ للزوج حق الرجعة في الحيضة الثالثة، على الرأي الذاهب إلى أن المراد به الحيض دون الثاني، لان العدة تنتهي على الرأي الثاني بالدخول في الحيضة الثالثة، لاعتبار الجزء من الطهر الذي طُلقت فيه قرءً.

٢ ـ يجوز زواج أخت مطلقته في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الأول.

٣ ـ لها أن تتزوج في الحيضة الثالثة على الرأي الأول دون الثاني.

٤ ـ تستحق النفقة والسكنى في الحيضة الثالثة على الرأي الأول دون الثاني، لأن الحيضة التي طُلقت فيها لا تُعتبر قرءً.

٥ ـ يجوز زواج الخامسة في الحيضة الثالثة على الرأي الأول دون الثاني.

٦ ـ اذا مات أحدهما في الحيضة الثالثة، يرثه الآخر على الرأي الأول دون الثاني، اذا كان الطلاق رجعيا.

ثالثاً: وقد يوضع لفظ في اللغة العربية لمعنى، ثم يضع الشارع أو المشرع نفس اللفظ لمعنى آخر، فيصبح حقيقة فيهما، ولا يعني الاشتراك اللفظي سوى ذلك.[٤]

وما قيل من أن اللفظ في هذه الحالة مجاز في المعنى الشرعي (أو القانوني) عند أهل اللغة، وفي المعنى اللغوي عند أهل الشرع (أو القانون)، إذن لا وجود للاشتراك، فهو قول مردود ومنقوض، بأنه إذا أُخِذ بهذا الاعتبار، لا يبقى مشترك لفظي في اللغة العربية، لأن لفظ (العين) مثلا، يكون مجازا في الجاسوس في نظر القبيلة التي وضعته للباصرة، وبالعكس وهكذا...

---

[١] الخرشي ١٣٦/٤.

[٢] الروضة البهية واللمعة الدمشقية ١٥٦/٢.

[٣] المحلى ٢٥٧/١٠.

[٤] ويؤيد ذلك ما قاله صدر الشريعة في التوضيح (٢٨٨/١) من ان اللفظ حقيقة بالحيثية التي يكون الوضع بتلك الحيثية، فالمنقول الشرعي يكون حقيقة في المعنى المنقول اليه من حيث الشرع، وفي المنقول عنه من حيث اللغة، وما قاله الشوكاني (ارشاد الفحول ص١٧٢): من انه ذهب جماعة الى انه مجمل أي لتردده بين المعنيين الشرعي واللغوي.

والمصطلحات الشرعية والقانونية التي وضعها الشارع أو المشرع لمعان تختلف عن معاني أهل اللغة، كثيرة لا تُعد ولا تُحصى، وعلى سبيل المثل: لفظ (الرهن) لغة موضوع للحبس وشرعاً (أو قانونا)، موضوع لعقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار، في أي يد يكون[1].

ومثل لفظ(الشفعة) فإنها وضعت لغة للضم من الشفع ضد الوتر لضم احد النصيبين إلى الآخر. وفي الشريعة والقانون وضعت لحق تملك المبيع قهرا بمثل الثمن أو قيمته، اذا كان المبيع عقارا مشتركا بين اثنين ـ مثلا ـ يبيع أحدهما نصيبه لغير شريكه[2].

غير أن المشترك في هذه الحالة لا يُحدث الغموض غالبا في النصوص، للقاعدة العامة (إذا دار اللفظ بين المعنى الشرعي والمعنى اللغوي في نص من النصوص، يحمل على معناه الشرعي) (أو القانوني)، وذلك بقرينة وجوده ضمن النصوص الشرعية أو القانونية.

رابعا: وقد يَستعمل العرف اللفظ الموضوع لمعنى في معنى آخر عرفي، فيُصبح حقيقة بين المعنيين اللغوي والعرفي، كلفظ (الولد) وُضع لغة للمولود ذكراً كان أو أنثى، واستعمله عرف العرب في المذكر أيضا، فصار حقيقة فيهما. وقد استعمله القرآن الكريم على هذا الأساس في قوله تعالى (**يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ**) .

وكلفظ (الأكل) الذي وضعه العرب للمعنى المعروف لدى الناس، ثم استعمله العرف حقيقة في إتلاف مال الغير، واستعماله، واستغلاله والتصرف فيه دون مبرر شرعي (أو قانوني)، ويدل على ذلك أننا كثيراً ما نسمع من الناس يقولون فلان أكل حقنا، أي تجاوز على مالنا بطريقة من الطرق المذكورة غير المشروعة. وعلى هذا الأساس استعمله القرآن الكريم في جميع معانيه العرفية واللغوية، في قوله تعالى (**لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ**) .

---

[1] المادة (١٢٨٥) القانون المدني العراقي النافذ.

[2] شرح منهاج النووي لجلال الدين المحلي مع حاشيتي قليوبي وعميرة ٤٢/٣.

استعمال المشترك اللفظي في معنييه أو معانيه معا:

اختلف الفقهاء والأصوليون في جواز استعمال المشترك اللفظي في معنييه أو جميع معانيه في وقت واحد على ثلاثة آراء:

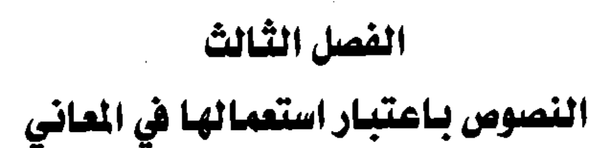
أ ـ قال البعض: بعدم الجواز، واستندوا إلى أدلة لا فائدة في ذكرها هنا، لأنـه قـول غـير صائب في حد ذاته.

ب ـ وقال جماعة بالجواز في النفي دون الإثبات، لان النكرة في حيز النفي تفيد العمـوم، وهذا ما اختاره بعض فقهاء الحنفية.

ج ـ وقال الأخرون: بجواز ذلك في النفي والإثبات، وقد تبنّى هذا الرأي الإمام الشـافعي (رحمه الله) ، أول من دَوّن أصول الفقه، وهو رأي يؤيده استعمال القرآن الكريم لـه في الأثبات، كما في قوله تعالى (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ) وفي النفي كما في قوله تعالى﴿لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾.

ولكن يجب أن لا يؤخذ بهذا الرأي على إطلاقه، لأن هناك بعض الألفـاظ المشـتركة لا تسمح طبيعة التنافي بينها بذلك، كلفظ القرء للطهر والحيض، فهمـا لا يجتمعـان في وقت واحد، وكلفظ عسعس بمعنى أقبل وأدبر، في قوله تعالى: (والليل اذا عسعس). ولفظ الغريم للدائن والمدين.





الفصل الثالث
النصوص باعتبار استعمالها في المعاني

قسم الأصوليون النصوص باعتبار استعمالها في المعاني إلى أربعة أقسام:
الحقيقة ـ والمجاز ـ والصريح ـ والكناية .

ولكن في الحقيقة والواقع أن القسمين الأخيرين من أقسام الأولين، بل من أحكامهما، لأن كل واحد منهما، إن كان واضح الدلالة يُعتبر صريحا، والا فكناية.

وانطلاقًا من هذه الحقيقة تقتصر دراسة الموضوع من الناحية الشكلية على القسمين الأولين وتطبيقاتهما في ثلاثة مباحث:

الأول ـ في التعريف بالحقيقة والمجاز. والثاني في الصريح والكناية، والثالث تطبيقاتهما في حروف المعاني.

ومن الجدير بالذكر إن اللفظ لا يوصف في اللغة العربية بكونه حقيقة أو مجاز ما لم يسبق بالاستعمال" لان الاستعمال مأخوذ في ماهيتهما[1].

اللفظ باعتبار إستعمالها في المعاني

حقيقة		مجاز	
صريح	كتابة	صريح	كتابة



---

(1) ينظر فصول البدائع في اصول الشرائع للعلامة محمد بن حمزة بن محمد(٧٥١ ـ ٨٣٨ هـ) ١/١٠١



المبحث الأول

الحقيقة والمجاز

التعريف بالحقيقة والمجاز

الحقيقة: على وزن فعيلة بمعنى اسم فاعل لغة على حاقة وثابتة.[١] أو بمعنى اسم مفعول أي مثبته[٢].

ثم نُقل هذا اللفظ إلى الاعتقاد المطابق للواقع، ثم نُقل منه إلى القول المطابق للواقع، ثم نُقل منه إلى المعنى المصطلح عليه لدى الأصوليين.

والتاء فيه علامة على نقله من الوصفية إلى الاسمية، أي جعله اسما لمعنى اصطلاحي[٣].

وفي اصطلاح الأصوليين: هو اللفظ المستعمل فيما وُضع له في اصطلاح به التخاطب[٤].

أي إن اللفظ حقيقة في معناه المستعمل فيه بالحيثية التي يكون الوضع بتلك الحيثية، فان كان الواضع من أهل اللغة فحقيقة لغوية، أو من أهل الشرع فحقيقة شرعية، أو من أهل العرف العام فحقيقة عرفية، أو من أهل العرف الخاص فحقيقة اصطلاحية (أو عرفية خاصة)[٥].

المجاز: اصلهُ مُجْوَز على وزن مُفْعَل، فقُلبت واوه ألفا بعد نقل حركتها إلى الساكن قبلها. وهو مصدر ميمي، مأخوذ من الجواز، بمعنى العبور والتعدية من مكان إلى آخر لغةً، ثم نقل إلى اسم الفاعل وهو الجائز أي المنتقل، ثم نُقل منه الكلمة المستعملة في غير ما وضعت له" لأنها جازت مكانها الأصلي.

وفي اصطلاح الأصوليين: هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له في الاصطلاح الذي وقع به التخاطب[٦].

---

(١) على اساس انها مأخوذة من الحق بمعنى الثابت.

(٢) باعتبار انها مأخوذة من الحق بمعنى المثبت.

(٣) فهي ليست للتأنيث لان الحقيقة تستعمل للمذكر والمؤنث.

(٤) صفوة البيان في اصول الفقه١/٦٢.

(٥) التوضيح على التنقيح مع التلويح ١/٢٨٨.

(٦) صفوة البيان المرجع السابق١/٦٤.

وحيث أن المجاز يقابل الحقيقة فهو أيضا ينقسم إلى أربعة أقسام هي المجاز اللغوي، والمجاز الشرعي، والمجاز العرفي، والمجاز الاصطلاحي، فكل قسم من الحقيقة يقابلها المجاز من نفس القسم.

اقسام الحقيقة:

١- **الحقيقة اللغوية**: وهي عبارة عن لفظ مستعمل فيما وضع له لغة، كلفظ (أسد) اذا استعمل في الحيوان المفترس، ولفظ (مكر) في الخديعة، ولفظ (جاروش أو جارشة) في رُحى اليد التي يُجرش بها، ولفظ، (صوجان) في اليابس الصلب، وغير ذلك من ملايين ألفاظ لغوية، خصصت العرب لكل واحد منها معنى خاصا محدداً بالوضع.

ويقابل الحقيقة اللغوية، المجاز اللغوي، وهو اللفظ المستعمل في غير ما وُضع له لغةً، لعلاقة بين المعنيين، مع قيام قرينة مانعة عن ارادة المعنى الحقيقي الموضوع له.

أما المجاز العقلي فهو نسبة الشيء إلى غير ما حقه أن يُنسب إليه، لعلاقة سببية، مثل (بنى رئيس الدولة المستشفى).

فإذا قلت: عند زيارتي للقطعات العسكرية (التقيت بأسد في ساحة المعركة)، فان لفظ (الاسد) يعني العسكري الشجاع، مجاز، بقرينة ان الأسد بالمعنى الحقيقي لا يأتي إلى هذه الساحة، والعلاقة بين المعنيين هي الشجاعة في كل من الاسد والعسكري.

والإستعمال في غير المعنى الحقيقي بدون العلاقة يُسمى غلطاً.[1]

٢- **الحقيقة الشرعية**: وهي اللفظ المستعمل في المعنى الذي وضعه الشارع له، كاستعمال لفظ (الربا) في الفوائد التي يأخذها المرابي مقابل الدين، الذي حرمه القرآن الكريم في قوله تعالى: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا)، بعد ان كان موضوعا في اللغة العربية لكل زيادة مطلقاً.

---

(١) والعلاقة إذا كانت مشابهة يُسمى المجاز استعارة، مثل رأيت اسداً في ساحة المعركة. وإلاّ فيُسمى مجازاً مرسلاً كإستعمال اليد في النعمة، فهي وضعت للجارحة المخصوصة، لكن لكونها وسيلة لصدور النعمة منها، أُستعملت فيها.

وكاستعمال لفظ (النكاح) في عقد الزواج في قوله تعالى: (**فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ**)،[١] بعد ان كان موضوعا في اللغة العربية للمعاشرة الجنسية في رأي.[٢]

وكأستعمال لفظ (الطلاق) في حل قيد الزواج، في قوله تعالى (**الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**) بعد ان كان موضوعا لدى العرب لحل القيد مطلقا.

وكاستعمال لفظ (الرهن) في عقد بمقتضاه يصبح المال المرهون ضماناً للدين، يمنع مالكه من التصرفات المزيلة للملكية فيه، في قوله تعالى (**وَإِن كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِباً فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ**)[٣] بعد ان كان موضوعا للحبس مطلقا.

ويقابلها المجاز الشرعي كاستعمال الالفاظ الشرعية المذكورة آنفا في معانيها اللغوية، فهذا الاستعمال وان كان حقيقيا بالنسبة إلى اهل اللغة، ولكنه يعتبر مجازيا عند اهل الشرع.[٤]

٣ـ **الحقيقة العرفية**: وهي عبارة عما وضعه العرف العام لمعنى يختلف عن معناه اللغوي، مثل لفظ (جنسية) الذي وضعه العرب لحالة ما، وماهية الجنس، ثم وضعه

---

(١) سورة النساء/ ٣

(٢) ويرى البعض انه في اللغة موضوع للضم ثم نُقل الى الدخول والعقد المشتملين عليه، ويرى الأخرون انه حقيقة في الدخول. لكن يقول العلامة الزمخشري: أينما ورد النكاح في القرآن يكون بمعنى العقد.

ينظر فصول البدائع في اصول الشرائع المرجع السابق ١/١١٠

(٣) سورة البقرة/ ٢٨٣

(٤) وكذلك استعمل القران الكريم كثيرا من الجمل الخبرية في المعاني الأنشائية مجازاً، كما في النصوص التالية: قوله تعالى (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ)، اي لترضع الوالدات اولادهن حولين كاملين.

وقوله تعالى (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً) اي ليتربصن بانفسهن.

وقوله تعالى: (تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ)الصف : ١١. اي امنوا بالله ورسوله وجاهدوا في سبيل الله بأموالكم وانفسكم.

ينظر الاشارة الى الايجاز في بعض انواع المجاز، لعز الدين بن عبد السلام ص٤٧.

العرف الدولي لعلاقة قانونية تربط فرداً معينا بدولة معينة.[١] أو رابطة قانونية سياسية تربط شيئا أو شخصاً بالدولة [٢].

ولفظ(سيادة) الذي وضعه العرف الدولي العام لمعنى، هو عبارة عن حق الدولة في ادارة شؤونها الداخلية والخارجية، دون ان تخضع فيها لدولة اخرى،[٣] بعد ان وضعه العرب لمعنى لغوى وهو الشرف أو المجد[٤].

ولفظ فيتو (veto) الموضوع لغة للرفض أو الاعتراض أو المنع مطلقا، ووضعه العرف الدولي العام لحق الدول الكبرى الخمس الاعضاء الدائمين في مجلس الامن، في رفض قررات هذا المجلس في المسائل الموضوعية.[٥]

٤ـ **الحقيقة الاصطلاحية** (العرفية الخاصة) كالمصطلحات القانونية والاصولية، والمنطقية والنحوية.

ومن المصطلحات القانونية: لفظ (المخالفة) وهي لغة ضد الموافقة، وقد وضعها القانون لجريمة يعاقب عليها بالحبس البسيط لمدة (٢٤) ساعة إلى ثلاثة اشهر، أو بالغرامة التي لا يزيد مقدارها على ثلاثين دينارا.[٦]

ولفظ (الجنحة) لغة بمعنى الاثم والذنب، ووضعها القانون لجريمة يعاقب عليها بالحبس الشديد أو البسيط اكثر من ثلاثة اشهر إلى خمس سنين أو بالغرامة[٧].

فاستعمال هذين اللفظين في المعنى اللغوى يعتبر مجازا في اصطلاح القانون.

ومن المصطلحات الأصولية: لفظ (القياس):

---

(١) الدكتور حامد سلطان، القانون الدولي العام وقت السلم ص٣٥٢ ـ٣٥٣

(٢) الدكتور غالب الدوادى، القانون الدولي الخاص ص٥٤.

(٣) الدكتور حامد سلطان المرجع السابق.

(٤) المنجد مادة سيد.

(٥) تنص المادة (٢٧) من ميثاق الامم المتحدة على انه:

١ـ يكون لكل عضو من اعضاء مجلس الامن صوت واحد.

٢ـ تصدر قرارات مجلس الأمن في المسائل الاجرائية بموافقة تسعة من اعضائه.

٣ـ تصدر قرارات مجلس الامن في المسائل الاخرى كافة بموافقة تسعة من اعضائه يكون من بينها اصوات الاعضاء الدائمين.

(٦) م ٢٧ ق.ع.ع. بعد تقديره بالذهب وقت تشريع هذا القانون.

(٧) م ٢٦ ق.ع.ع. بعد تقديره بالذهب وقت تشريع هذا القانون.

وهو لغة موضوع للتقدير، تقول قسمت الأرض بالمتر، إذا قدرتها به.
وفي اصطلاح الأصوليين موضوع لعملية الحاق واقعة لم يرد بشأنها نص ظاهر، بواقعة اخرى ورد فيها نص، لاشتراك الواقعتين في علة الحكم، كإلحاق قضية قتل الموصى له للموصي، بقضية قتل الوارث للمورث، التي قال فيها الرسول ﷺ (لا يرث القاتل)[1] في حرمان الأول من الوصية، كحرمان الثاني من الميراث، لاشتراكهما في علة الحكم، وهي سد الباب بوجه ذوى النفوس المريضة، الذين تسول لهم انفسهم قتل الابرياء استعجالا في الحصول على حقهم قبل أوانه.
ومنها لفظ (الاستحسان) وهو لغة عد الشيء حسنا، وفي اصطلاح الأصوليين استثناء بعض أفراد قاعدة عامة من حكمها، لضرورة أو مصلحة تقتضي ذلك. فالقاعدة العامة تقضي ببطلان كل التزام يكون محله معدوما وقت التعاقد، واُستُثني من هذا الحكم عقد الاستصناع والمقاولات والسلم .
ومن المصطلحات المنطقية: لفظ (القياس) الذي هو لغة التقدير، كما ذكرنا موضوع في اصطلاح علماء المنطق، لدليل يتكون من مقدمتين، متى سُلِّمتا، لزم من العلم بهما العلم بقضية اخرى (النتيجة) . فاذا علمنا ان العالم متغير، وكل متغير حادث، يلزم من ذلك علمنا بأن العالم حادث.
ومنها: القضية وهي قول (جملة)، يصح ان يقال لقائله انه صادق فيه أو كاذب، اي قول يحتمل الصدق والكذب.
ومنها: التناقض وهي اختلاف قضيتين بالايجاب والسلب، بحيث يستلزم صدق أحداهما كذب الاخرى.[2] كأن يقال : الحياة موجودة في المريخ، والحياة غير موجودة في المريخ.
ومن المصطلحات النحوية (الفاعل)، وهو لغة كل من يصدر عنه الفعل. وفي اصطلاح النحويين كل اسم أُسند إليه فعل متقدم عليه، أو شبه فعل كذلك، كما يقول ابن مالك:

الفاعل الذي كمرفوعي أتى ❊ زيد منيرا وجهه نعم الفتى

---

[1] اخرجه ابو داود بلفظ (لا يرث القاتل شيئا) عن عبدالله بن عمرو بن العاص . منتقى الاخبار ٤٧٢/٢

[2] أو العكس، أي يستلزم كذب إحداهما صدق الأخرى. لأن المتناقضين لا يجتمعان ولا يرتفعان.

اي الفاعل في اصطلاح النحويين هو الاسم الذي أُسند إليه فعل تام مشتق، مثل أتى زيد، أو فعل تام جامد، كنعم الفتى، أو شبه فعل (اسم الفاعل أو اسم المفعول أو الصفة المشبهة..) مثل منيرا وجهه.

فكل مصطلح من هذه المصطلحات القانونية والاصولية والمنطقية والنحوية، حقيقة اصطلاحية (عرفية خاصة) اذا استعمل في معناه الاصطلاحي، ومجاز اصطلاحي اذا استعمل في معناه اللغوي.

أحكام الحقيقة والمجاز:

للحقيقة والمجاز احكام كثيرة أهمها ما يلي:

١ـ **الصراحة والكناية**: الصراحة والكناية من صفات وأحكام الحقيقة والمجاز، لان كلا منهما قد يكون المراد منه مكشوفا، إما بسبب أصل الصيغة، أو بسبب كثرة الاستعمال، فعندئذ يُعتبر صريحاً في الدلالة على الحكم المراد.

وقد يكون المراد منه مستترا، لا يُفهم من ذات النص، لعدم وضوح دلالة النص أو لقلة استعماله. وللوصول إليه يستعين القاضي بقرائن خارج النص.[١]

٢ـ **الأصل في الكلام الحقيقة**[٢]. فاذا اوقف شخص داره على اولاده أو اولاد غيره، أو اوصى بها لهم، لا يدخل في ذلك ولد الولد، لان اسم الولد حقيقة في ولد الصلب.

---

[١] جاء في التحرير وشرحه التيسير(٢/٦٠): (وينقسم كل من الحقيقة والمجاز باعتبار تبادر المراد عند اطلاقه للغلبة استعمالا في ذلك المراد وبعدم تبادره لعدم العلة المذكورة الى صريح يثبت حكمه الشرعي بلا نية، وكناية لا يثبت حكمها الا بنية او ما يقوم مقامها. ومن الكناية اقسام الخفاء (الخفي والمشكل والمجمل) والمجاز غير المشتهر... ويدخل في الصريح: الظاهر، والنص، والمفسر والمحكم ان اشتهرت في المراد. ويفهم من هذا ان لعامل الاستعمال كثرة وقلة، دوراً رئيساً في اعتبار كل من الحقيقة والمجاز صريحا او كناية.

لمزيد من التفصيل راجع كشف الاسرار ١/٦٦ وما بعدها.

التوضيح على التنقيح مع التلويح وحاشية فنرى وملاخسرو والمرجاني ٢/٦٠ وما بعدها.

شرح المنار لابن ملك ص ٥١٢ وما بعدها.

[٢] مجلة الاحكام العدلية(م١٢).

واذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز،[1] ففي الوقف على الأولاد أو الوصية لهم أو نحو ذلك، ينصرف الوقف أو الوصية إلى ولد الولد،[2] عند عدم وجود الولد.

واذا أقر من لا وارث له لمن ليس من نسبه وهو اكبر منه سناً بانه ابنه أو وارثه، ثم توفى المقر، فبما انه لا يمكن حمل كلامه هذا على معناه الحقيقي، فيُصار إلى المجاز وهو معنى الوصية، ويأخذ المقر له جميع التركة.[3]

إذن الأصل هو رجحان الحقيقة على المجاز" لأنها الأصل، ولاستغنائها عن القرينة بخلاف المجاز، وكذلك الأصل رجحانها على المشترك، لان المجاز اكثر من المشترك بالاستقراء، فتكون أولوية الحقيقة على المشترك من باب أولى.

ويترتب على ذلك حمل اللفظ على المجاز دون المشترك، اذا كان حقيقة في أحد مدلوليه، ومترددا بين ان يكون حقيقة في المدلول الآخر، فيكون مشتركا أو لا ، فيكون مجازا كلفظ النكاح، فهو حقيقة في العقد ومتردد بين ان يكون حقيقة في الوطء (الدخول)، فيكون مشتركاً، وبين ان يكون مجازا فيه، فمن أخذ بالأول[4] قال تثبت المصاهرة بالزنا، أخذاً بقوله تعالى (وَلاَ تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم)[5] ومن قال بالثاني قال لا تثبت به المصاهرة.

وتنبني على الأصل المذكور الأحكام الآتية:ـ

أـ اذا دار اللفظ بين الحقيقة اللغوية والمجاز اللغوي، يُحمل على المعنى الأول، بيان ذلك: قال الرسولﷺ (المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا).[6]

فقال المالكية والحنفية هذا الحديث لا يدل على مشروعية خيار المجلس، لأن المراد بقوله (المتبايعان) المتساومان، وبقوله (ما لم يتفرقا)، افتراقهما بالقول، أى هما في حال تساومهما بالخيار، ما لم يبرما العقد ويمضياه، فاذا أمضيا فقد افترقا ولزمهما العقد، إذ قد يطلق اسم الشيء على ما يقاربه، وقد ورد اطلاق البيع على السوم، والنكاح على الخطبة، في قولهﷺ (لا يبيع احدكم على بيع اخيه ولا

---

(١) مجلة الاحكام العدلية(م٦١).

(٢) المرجع السابق.

(٣) المقصود بالولد او ولد الولد مايشمل المذكر والمؤنث.

(٤) كالحنيفة.

(٥) سورة النساء /٢٢

(٦) اخرجه الشيخان وابو داود والنسائي.

ينكح على نكاحه[1]).

كما ورد في رواية اخرى (لا يسوم احدكم على سوم اخيه ولا يخطب على خطبتة).

وقال فقهاء الشافعية ومن وافقهم: حديث (المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا) يدل على مشروعية خيار المجلس، لان اطلاق المتبايعين على المتساومين مجاز، واطلاق التفرق على تمام العقد مجاز، والاصل في الكلام الحقيقة[2].

ب ـ اذا دار اللفظ بين الحقيقة الشرعية والمجاز الشرعي يحمل على الأول.

مثال ذلك: قال الرسول ﷺ: (لا ينكح المحرم ولا يُنكح[3]).

واحتج فقهاء المالكية ومن وافقهم بهذا الحديث على عدم جواز الزواج، اذا كان كل من الزوجين أو احدهما في حالة احرام الحج، لان المقصود من النكاح عقد الزواج.

وقال الحنفية ومن وافقهم:

بجواز هذا الزواج" لان المراد من النكاح المعاشرة الجنسية فقط.

اذن الحديث يدل على حرمة المعاشرة على المحرِم، لا على حرمة العقد.

وقال المالكية في رد ذلك: ان النكاح حقيقة شرعية في عقد الزواج، ومجاز شرعي في المعاشرة الجنسية، فاذا دار اللفظ بين المعنى الشرعي الحقيقي، وبين معناه المجازي، يحمل على الأول[4].

ج ـ اذا دار اللفظ بين الحقيقة العرفية والمجاز العرفي، يُحمل على الأول.

توضيح ذلك: قال النبي ﷺ: (لا تُنكح اليتيمة حتى تستأمر).[5]

---

(1) في رواية مسلم وابي داود والنسائي واحمد عن ابن عمر(لا يبع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان يأذن له) وفي رواية الترمذي (لا يبع بعضكم على بيع بعض ولا يخطب بعضكم على خطبة بعض) اخرجه البخاري ومسلم وابن ماجه.

(2) مفتاح الوصول في علم الاصول للامام ابي عبدالله محمد بن احمد المالكي ص٧٥ وما بعدها.

(3) اخرجه مسلم وابو داود والنسائي وابن ماجه. نيل الاوطار ١٥/٥ معالم السنن٢/١٨٢.

(4) مفتاح الوصول المرجع السابق ص٧٧.

(5) هذا رواية النسائي وابى داود واحدى روايات الامام احمد. واما رواية مسلم واصحاب السن: (الثيب احق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها واذنها صماتها) وفي رواية لاحمد والنسائي واليتيمة تستأذن في نفسها. وفي رواية للنسائي وابي داود(واليتيمة تستأمر).

احتج فقهاء المالكية[١] على جواز اجبار البكر على الزواج، اذا كان المجبر أباً وفي الزواج مصلحة البنت، بمفهوم مخالفة هذا الحديث، لان اليتيمة هي التي لا أب لها، اى أن غير اليتيمة وهي ذات الأب، تُنكح من غير استئمار. ومن قال بعدم جواز ذلك، ذهب إلى ان اليتيم في اللغة هو الانفراد. ولذلك يُقال للبيت المنفرد في الشعر: يتيم، وللذى لا نظير له يتيم، واذا ثبت ذلك، فإن المراد من اليتيمة من لا زوج لها، فلا يُحتج بمفهوم مخالفة النص المذكور، على جواز اجبار البكر على الزواج.

وقال المالكية في رد ذلك: إن عرف العرب جرى على استعمال اليتيمة، واليتيم في من لا أب له، كما ورد بهذا المعنى العرفي قوله تعالى (**وأبتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح**).[٢] وقوله تعالى (**وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِيناً وَيَتِيماً وَأَسِيراً**)[٣]. وقوله تعالى (**وَلاَ تَقْرَبُواْ مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ**)[٤]. واذا كان كذلك، فان اللفظ اذا دار بين الحقيقة العرفية والمجاز العرفي، يحمل على الحقيقة العرفية دون المجاز العرفي.[٥]

٣ـ **تترك الحقيقة بدلالة العادة:** لان ثبوت الأحكام بالالفاظ، إنما كان لدلالة اللفظ على المعنى المراد للمتكلم، فاذا كان المعنى متعارفا بين الناس، كان ذلك دليلا على انه هو المراد به، ويترتب عليه الحكم. وتنص المادة (٣٧) من مجلة الأحكام العدلية على ان (استعمال الناس حجة يجب العمل بها)، كلفظ (الفائدة) فهي لغة كل نفع يعود إلى الإنسان، وفي العرف التجاري والبنوك، الفائدة هي نسبة مؤية يستحقها صاحب رأس المال على توفير ماله في البنوك، أو على التسليف كنسبة ٦٪ على كل تسليف يأخذها البنك.

٤ـ **جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظة واحدة:** لا خلاف بين فقهاء الشريعة والاصوليين في جواز استعمال اللفظ في معنى مجازي، يكون المعنى الحقيقي داخلا

---

(١) ويتفق معهم في هذا فقهاء الشافعية والحنابلة ايضا.

(٢) سورة النساء/ ٦.

(٣) سورة الانسان/ ٨.

(٤) سورة الاسراء/ ٣٤.

(٥) مفتاح الوصول المرجع السابق. ص٧٧ وما بعدها.

فيه، كاستعمال لفظ (الاب) في الأصل الذي يشمل الاب والجد، ولفظ (الابن) في الفرع الذي يشمل الابن الصلبي وابن الابن... كما في قوله تعالى (**آبَآؤُكُمْ وَأَبناؤُكُمْ لاَ تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعاً**)[1].

وكاستعمال لفظ(الام) في الأصل الذي يشمل الام والجدة، ولفظ (البنت) في الفرع المؤنث الذي يشمل البنت الصلبية وبنات البنات، وبنات الابناء كما في قوله تعالى (**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ**) وانما الخلاف في استعمال اللفظ في معنييه الحقيقي والمجازي معا في اطلاق واحد واعتبار كل منهما متعلقا للحكم، من غير ان يكون هناك معنى عام يشملهما، كان تقول أقتل الاسد، وتقصد السبع، باعتباره موضوعا له، والإنسان الشجاع باعتباره شبيها له.[2]

ويرى بعض الأصوليين والفقهاء[3]: جواز استعمال لفظ واحد في المعنيين الحقيقي والمجازي في وقت واحد، وإرادتهما معا، على الرغم من ان علماء البيان يشترطون لتحقق المجاز، قيام قرينة مانعة من إرادة الموضوع له. ومن امثلة ذلك قوله تعالى: (**فَإِن طَلَّقَهَا**[4] **فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ**)[5]. قالوا لفظ (تنكح) استعمله القرآن الكريم في معناه الحقيقي الشرعي، وهو عقد الزواج ومعناه المجازى (الدخول)، وأراد المعنيين معا، لان من شروط صحة رجوع المطلقة البائنة بينونه كبرى إلى المطلق، ان تتزوج من آخر، وأن يدخل بها، ثم ان طلقها أو توفي عنها، وانتهت عدتها، صحّ هذا الرجوع بعقد جديد .

واذا حملنا لفظ(تنكح) على المعنيين: الحقيقي والمجازي معا، يكون قول الرسولﷺ عندما سُئل عن جواز الرجوع دون الدخول: (لا. حتى يذوقَ الآخرُ من عُسَيلتِها، ما ذاق الأولُ)[6] تأكيداً وبياناً.

ومن لم ير جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز، قال إن حكم الدخول ثابت بهذا الحديث.

---

(١) سورة النساء/ ١١

(٢) مفتاح الوصول المرجع السابق ص ٧٨ وما بعدها

(٣) كبعض الشافعية، ينظر ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٨.

(٤) أي للمرة الثالثة بدليل ما قبله من قوله تعالى(الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان)

(٥) سورة البقرة/٢٣٠.

(٦) رواه مسلم، صحيح مسلم (١٤٣٣).

ومن الجدير بالذكر ان الإمام عزالدين عبد العزيز بن عبد السلام، قد خصص في كتابه (الاشارة إلى الايجاز والمجاز في بعض أنواع المجاز) فصلا كاملا [١] لبيان الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظة واحدة من الفاظ القرآن.

المبحث الثاني
الصريح والكناية

قسّم علماء أصول الفقه الألفاظ، باعتبار استعمالها في المعاني، إلى الحقيقة، والمجاز، والصريح، والكناية. لكنّ هذا التقسيم غير دقيق، لأن معيار التقسيم هو الاستعمال، وهو لا يكون إلا بالنسبة للصريح والكناية، فهو صيغة التعبير من حيث كونها بيّنة الدلالة، أو غير بيّنة الدلالة، ولذلك لا يُعتبران قسيمين للحقيقة والمجاز، وإنما هما من اقسامهما، فكل من الحقيقة والمجاز، إذا كان اللفظ بيّن المراد، فهو صريح والا فهو كناية.

الصريح

هو كل لفظ - أو كلام - ظهر المراد به ظهورا بيّنا تاماً، حقيقة كان أم مجازاً، فالمعيار الذي يُميزه من الكناية، هو كونه مكشوف المعنى بيّن المراد، بغضّ النظر عن كون الاستعمال في معناه الحقيقي أو المجازي المتعارف عليه.

حكمه :

هو العمل بمقتضى معناه المكشوف والأخذ بالإرادة الظاهرة، ولا يُنظر إلى نية المتكلم وما قصده منه، ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك. وبتعبير آخر، يؤخذ بالإرادة الظاهرة في كل تصرف قولي تكون صيغته صريحة، ولا ينظر قضاء إلى ادعاء قائله، بأنه نوى بتعبيره غير معناه الظاهر، وإن إرادته الباطنة مخالفة لما يدل عليه تعبيره (الإرادة الظاهرة)، ما لم يقم دليل على تأييده. فلو قال الزوج لزوجته: (أنت طالق أو مطلقة)، واعترف بهذه الصيغة الصريحة أمام القاضي أو المفتي أو شاهدين، لا تُسمع دعواه بعد ذلك بأنه لم يرد بذلك فرقة

---

(١) وهو الفصل(٤٧) من ص ١١٢ وما بعدها .

الزواج، ما لم يقم دليل (أو قرينة) يعزز صدقه[١].

ولو حدد المتعاقدان محل العقد بالاسم أو الإشارة، ثم ادعى أحدهما أنه أراد غيره، لا تُسمع دعواه بدون بيّنةٍ تؤيد ذلك، ولا يحق للقاضي أن يسأل عن قصد المتعاقدين، إذا كانت صيغة العقد صريحة، ولا عن قصد الشاهد إذا أدلى بشهادته بعبارات صريحة، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، لأن البحث عن الإرادة الباطنة في حالة صراحة الإرادة الظاهرة، قد يؤدي إلى ضياع العدالة وعدم استقرار المعاملات.

الكناية [٢]

لفظ (أو كلام) لا يكون مكشوف المعنى ولا بيِّن المراد بحيث لا يعرف المقصود منه إلا بالتفسير أو القرينة.

حكمها :

يكون الاعتداد بالإرادة الباطنة التي تكشف إما ببيان النية أو القرينة. فلو قال الزوج لزوجته: (الحقي بأهلك)، أو (اذهبي إلى أهلك)، أو (أنت علي حرام)، أو (أنت كأختي أو كأمي)، أو نحو ذلك، لا يحق للقاضي أن يحكم بوقوع الطلاق، ولا للمفتي أن يفتي به، سواء اعترف الزوج بانه نوى بكلامه هذا الطلاق أم لا، عند فقهاء الجعفرية والظاهرية، لأن الطلاق عندهم لا يقع بالكناية مطلقاً، نوى بها الزوج الطلاق ام لا، وقال جمهور الفقهاء إن اعترف بأنه نوى الطلاق يُحكم بوقوعه[٣].

---

[١] في مسلم الثبوت وشرحه ٢٢٦/١ (لو جرى على لسانه غلطا (انت طالق) يقع الطلاق، ولو أراد الطلاق من وثاق، وهو المعنى الأصلي، فهي زوجته ديانة ولا يقع الطلاق إلا قضاء، لأنه حاكم بالظاهر لا بالسرائر).

[٢] وهي في اصطلاح علماء البيان استعمال اللفظ في لازم معناه الحقيقي مع جواز إرادة هذا المعنى أو ذكر الملزوم وإرادة اللازم كذكر العقوبة في نص للدلالة على أن الفعل المعاقب عليه جريمة مثل قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً ﴾، سورة النساء ١٠.

[٣] قال الحنفية، المبسوط ٧٧/٦ (معيار الصريح استعمال اللفظ في الطلاق ويقع به الطلاق ولو بدون نية، وما عداه كناية لا يقع به الطلاق إلا مع النية). وقال الجعفرية، الخلاف في الفقه للطوسي ٢٣١/٢ (صريح الطلاق – أنت طالق – أو – هي طالق – أو فلانة طالق –، ويقع به الطلاق مع النية وماعدا ذلك لا يقع به الطلاق ولو كان مع النية).

الاستنتاج

نستنتج مما ذكرنا أن العبرة بالإرادة الظاهرة إذا كانت صيغة التعبير صريحة، وبالإرادة الباطنة إذا كانت الصيغة كناية، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. وهذا المعيار الدقيق لدى علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء، للأخذ بالإرادة الظاهرة أو الباطنة، أفقه بكثير مما لدى فقهاء القانون، من الأخذ بالإرادة الباطنة مطلقاً، كما هو اتجاه التشريعات اللاتينية والقوانين المتأثرة بها، أو بالإرادة الظاهرة مطلقا، كما هو المقرر في التشريعات الجرمانية والقوانين المتأثرة بها[1].

ثمرة التقسيم

أهمية -أو ثمرة- تقسيم اللفظ -أو الكلام- إلى الصريح والكناية، تتجلى فيما تترتب عليه من آثار أهمها ما يلي:

أ- الصيغ الصريحة للعقود والتصرفات الانفرادية - الإرادة المنفردة - المنشئة للحقوق والالتزامات، أو المسقطة لحالة شرعية - أو قانونية - قائمة تترتب عليها آثارها الشرعية والقانونية ما دام المتعاقد - أو المتصرف - كامل الاهلية بخلاف الصيغ الكنائية، فان الحكم بترتب اثارها يتوقف على معرفة نوايا اصحابها أو قيام قرائن تحدد المراد منها.

ب- لا تقبل قضاءً دعوى مخالفة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة متى كانت صيغة التعبير صريحة، فمن قال لزوجته وهو بالغ عاقل مختار: (انت طالق) لا يقبل منه

---

[1] قال السنهوري، الوسيط ٩٥/١ (مذهب الإرادة الباطنة هو المذهب اللاتيني يقف عند الإرادة النفسية، اما التعبير المادي عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس). وقال ايضا، في مصادر الحق ٣٣/٤ (العبرة في القانون الالماني بالإرادة الظاهرة)، وعلل الفقهاء الالمان اعتدادهم بالإرادة الظاهرة بالسببين التاليين:

أحدهما: أن الإرادة لا يكون لها قوام قانوني إلا إذا اتخذت مظهراً خارجياً، اما إذا بقيت إرادة باطنة كامنة في خفايا النفس فهي ظاهرة نفسية وليست ظاهرة اجتماعية، والقانون انما يعني بالظواهر الاجتماعية.

وثانيهما: أن من صدرت منه الإرادة يلتزم حتما بما ولدت هذه الإرادة من مظاهر اطمأن اليها الناس في التعامل، فوجب الاعتداد بالتعبير، اي بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة.

قضاء إذا ادعى انه لم يرد به الفرقة الزوجية أو انه كان هازلاً أو ناسياً أو مخطئاً[1]، ما لم يقم دليل على صدقه، لكن يجوز للمفتي أن يأخذ بما يدعيه ديانة تاركاً أمره بينه وبين الله، بخلاف ما إذا كانت صيغة التعبير كناية فانه يؤخذ قضاء وديانة بما يدعيه الشخص من موافقة إرادته الظاهرة للباطنة أو مخالفتها لها.

ج- إذا وردت ألفاظ كنائية في إفادات الشهود، أو في إقرار المتهم في تهم جرائم الحدود، لا يقضي القاضي بعقوبة الحد لما في الكناية من الشبهة[2] في تحديد المراد، والحدود تدرأ بالشبهات وفقا لقول الرسول ﷺ : (ادرأوا الحدود بالشبهات)[3]، بخلاف التعابير الصريحة فانها خالية عن الشبهة.

د- عند من يفرق بين الرضا والاختيار[4] تترتب الاثار على التصرفات الصريحة التي لاتقبل الفسخ فينعقد زواج المكره ويقع طلاقه وتصح رجعته، لان هذه الصيغ لصراحتها ووضوحها تقوم عباراتها مقام معانيها[5]، أما التصرفات التي تقبل

---

[1] وذلك للأسباب الآتية:
١- القصد ليس شرطا في صحة الطلاق ما دامت الصيغة صريحة
٢-الخطأ أو الهزل أو النسيان امر باطني لا يعرف إلا ممن يدعيه وقد يكون كاذباً في دعواه.
٣- الأصل في الإنسان البالغ العاقل المختار هو عدم الخطأ أو النسيان أو الهزل، ويكفي هذا الأصل أن يكون حجة على صحة ألفاظه، وترتب الآثار عليها. هذا ما استقر عليه رأي جمهور فقهاء الشريعة، لكن قال الشيعة الامامية والظاهرية (تقبل دعوى مخالفة الإرادة الظاهرة للباطنة ولو كانت الصيغة صريحة).

[2] في أصول السرخسي ٨٩/١ (الكناية فيها قصور بإعتبار الإشتباه فيما هو المراد ولهذا قلنا أن ما يندرئ بالشبهات لا يثبت بالكناية حتى أن المقر على نفسه ببعض الأسباب الموجبة للعقوبة ما لم يذكر اللفظ الصريح كالزنا والسرقة لا يصير موجبا للعقوبة).

[3] وفي رواية (أدرؤا الحدود ما وجدتم لها مدفعا)، سبل السلام ١٩/٤

[4] كالحنفية فقالوا (الأختيار لغة ترجيح فعل الشيء على تركه، وشرعا: مباشرة السبب – أو القصد إلى السبب –، والرضا لغة: الارتياح إلى فعل الشيء، وشرعا رغبة الإنسان في أن تترتب الآثار على السبب الذي يباشره).

[5] المنار وشرحه، ص٥١٢.

الفسخ كالبيع والإجارة والرهن فتكون فاسدة عند تخلف الرضا. والفساد صفة وسطية بين الصحة والبطلان على رأي هؤلاء[١].

المبحث الثالث

تطبيقات الحقيقة والمجاز في حروف المعاني

أعار علماء الأصول لهذا الموضوع أهمية كبيرة، واعتبروا الالمام به أمرا ضروريا بالنسبة للفقيه وكل من يروم أن يتولى مهمة تفسير النصوص واستنباط الأحكام، لأن الحكم الذي يدلّ عليه النص يختلف باختلاف معنى الحرف التي يتضمنها، وبناءً على ذلك فإن لمعرفة معاني حروف المعاني دوراً كبيراً في مساعدة الفقيه أو القاضي على استنباط الحكم من النص، ولهذا خُصص لذلك في كل كتاب معتمد من مؤلفات أصول الفقة الإسلامي، باب مستقل[٢].

---

(١) وهم يرون أن الرضا والإختيار يتكون من مجموعهما الركن المعنوي للتصرف، فإذا تحققا معا يكون التصرف صحيحا، وإن تخلفا معا، كما في تصرف عديم التمييز يكون باطلا، وإذا تخلف الرضا يكون فاسدا، ولا يتصور تخلف الإختيار مع تحقق الرضا. فطلاق المكره يقع إذا كانت الصيغة صريحة لأنه تصرف لا يقبل الفسخ وبيعه يفسد في حالة التعبير الصريح لان البيع يقبل الفسخ. والفرق بين الباطل والفاسد عندهم أن الفاسد له الوجود لأنه يتحول إلى الصحيح بمجرد إزالة سبب الفساد، كإجازة المكره بعد زوال الإكراه وحذف الفائدة في العقد الربوي، والتنازل عن الشرط الفاسد المفسد، بخلاف التصرف الباطل فإنه لا يتحول إلى الصحيح بإزالة سبب البطلان.

وقال جمهور الفقهاء (الرضا والاختيار مترادفان، وكذلك الفاسد والباطل).

(٢) ينظر كشف الاسرار لعبد العزيز البخاري مع اصول البزدوى ٢/ ٤٣٨ ـ ٥٢٣ . اصول السرخسى ١/٢٠٠ـ٢٣٥ شرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة مع التلويح للتفتازاني ١/٣٤٥ـ ٤٠٢، تيسير التحرير للعلامة محمد امين المعروف بامير باشاه على التحرير لكمال الدين بن همام ٢/٦٤ـ١٢٨ جمع الجوامع لابن السبكي مع حاشية العلامة البناني ١/٣٣٥ـ٣٦٥ لب الاصول ص٥٣ ـ ٦٣ .

ومن الجدير بالذكر ان الحروف في اللغة العربية قسمان : ـ

قسم حروف لا تدل على المعاني وانما يُراد بها تركيب الكلمات مثل : (ع، غ، ق ـ ط ـ ظ ـ ص ـ ض ـ...) وتسمى حروف المباني لبناء الكلمة عليها. وقسم حروف تدل على معان جزئية معينة وضِعت لها أو اُستُعملت فيها مجازا، مثل: (من. في. إلى. على. ثم. حتى ـ إن ـ اذا) وتسمى حروف المعاني.

ولهذا القسم الثاني تأثير كبير في تفسير النصوص وتحديد معانيها كما قلنا، حيث انها لا تُستعمل دائما في معانيها الحقيقية، بل تُستعمل أحيانا لمعانٍ أخرى، وهي غير التي وضِعت لها.

ومن البدهي ان يكون لهذا الاستعمال الحقيقي أو المجازي التأثير البالغ على معنى النص وتغير الحكم الذي يتضمنه، تبعا لتغير معنى الحرف التي هي جزء منه.

وانطلاقا من هذه الحقيقة، تُعتبر دراسة حروف المعاني ضرورية للشخص القانوني، بل لكل من يتعامل مع النصوص، تشريعاً وتفسيراً وتأويلاً وتطبيقاً وتدريساً.

ولعدم سعة المجال لاستعراض جميع حروف المعاني في هذه المرحلة الدراسية، نكتفي ببيان نماذج من كل نوع منها، ونترك للقاريء الكريم مراجعة المراجع المشار إليها في الهامش، للاطلاع على سائرها من حروف العطف وحروف الجر ونحوهما.

حروف العطف:

ومن اشهر حروف العطف: (الواو) و(أو) و(الفاء) و(ثم).

الــواو(و):

قال جمهور أهل اللغة والاجتهاد: ثبت بالاستقراء أن الواو موضوعة في اللغة العربية لمطلق الجمع بين المعطوفين في الحكم، لأنها تُستعمل في الجمع بمعية أو تأخر أو تقدم، يُقال (جاء محمد وخالد) إذا جاء معه أو بعده أو قبله، فتجعل حقيقة في القدر المشترك بين الثلاثة، وهو مطلق الجمع، حذرا من الاشتراك والمجاز، واستعمالها في كل منها من حيث أنه جمع استعمال حقيقي[1].

---

[1] انظر جمع الجوامع لابن السبكي وشرحه للمحلي مع حاشية البناني ٣٦٥/١ اصول البزدوي مع كشف الاسرار ٤٢٩/٢. تيسير التحرير ٦٤/٢.

وقد نُسب إلى بعض فقهاء الشافعية[١] القول: بأن الواو حقيقة في الترتيب بين المعطوفين" فيجب ان يثبت الحكم للمعطوف عليه قبل المعطوف. وبنوا على ذلك وجوب الترتيب في الوضوء بالنسبة للاعضاء المشمولة بالغسل[٢] في قوله تعالى (**إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاةِ فاغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ....**)[٣] وقالوا: استعمالها في غير الترتيب مجاز[٤].

وقد يُستعار الواو للحال[٥] مثل ذلك المادة(١٠٣٥) من القانون المدني العراقي النافذ، التي تنصّ على أنه (اذا تعدد المدينون في دين واحد ـ وكانوا متضامنين ـ فللكفيل أن يرجع على أيّ منهم بجميع ما وفّاه من الدين).

فالواو في جملة (وكانوا متضامنين) حالية.

وقد يُستعمل(و) بمعنى (أو)، كما تقول: (كن مصغيا وتكلم بحكمة) أى كن مصغيا أو تكلم بحكمه.

لفظ(أو) من حروف العطف، ففي الجملة الخبرية وُضع للشك من المتكلم، كما في قوله تعالى (**قَالُوا لَبِثْنَا يَوْماً أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ**) ،[٦] وللابهام على السامع، كما في قوله تعالى (**أَتَاهَا أَمْرُنَا لَيْلاً أَوْ نَهَاراً**) [٧].

---

(١) شرح التوضيح على التنقيح مع التلويح ١/٣٤٨.

(٢) وعلى القول بان الواو لمطلق الجمع لا يجب هذا الترتيب، صدر الشريعة يقول في (التوضيح على التنقيح) ١/٣٤٩): (الواو) لمطلق العطف بالنقل عن ائمة اللغة واستقراء مواضع استعمالها فلهذا لا يجب الترتيب في الوضوء. واما في السعي بين الصفا والمروة فوجب الترتيب بقول النبيﷺ (ابدؤا بما بدأ الله تعالى به). اي في قوله تعالى: (إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ اللّهِ) سورة البقرة/١٥٨.

(٣) سورة المائدة/٦

(٤) يقول ابو اسحاق الشيرازي في كتابه اللمع ص٣٦: (وقال بعض اصحابنا: هي للترتيب، وهذا خطأ، لانه لو كان للترتيب لما جاز ان يستعمل فيه لفظ المقارنة. مثل جاء زيد وعمرو معا لانه لا يجوز ان يقال: جاءني زيد ثم عمرو معا).
ويقول الفناري (فصول البدائع ١/١٢١): فأصلها معنى واكثرها استعمالا الواو لانها لمطلق الجمع. ومعنى الاطلاق عدم التعرض للترتيب.

(٥) يقول البزدوى(٢/٤٤٢): (وقد يستعار الواو للحال وهذا معنى يناسب معنى الواو لان الاطلاق يحتمله).

(٦) سورة المؤمنون/١١٣.

(٧) سورة يونس/٢٤.

وفي الجملة الانشائية وُضع للتخيير والإباحة،[1] كما في قوله تعالى(**لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَـكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ**)[2]. أي إذا حلفتم ثم حنثتم.

وكما في المادة(٣٠١) من قانون العقوبات النافذ التي تنص على أنه (يعاقب بالحبس وبالغرامة، أو باحدى هاتين العقوبتين، كل مستخدم في محل خاص أتلف أو أفسد أو عيّب أو أبطل أو دوّن قيداً مزوراً، أو اهمل تدوين قيد ذي أهمية، في دفاتر أو أوراق أو سجلات مستخدمة، وكان ذلك كله بقصد الغش).

غير أنه لا يوجد التخيير بالمعنى الحقيقي للقاضي بالنسبة للحكم باحدى العقوبات المذكورة، لأنه يجب أن يكون التحديد بمقتضى ظروف وملابسات القضية.

وقد يستعار(أو) بمعنى الواو اذا تعذر التخيير في الأحكام المأمور بها، كما في قوله تعالى (**إِنَّمَا جَزَاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَن يُقَتَّلُواْ أَوْ يُصَلَّبُواْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ**)[3].

فهنا لا يجوز للقاضي ان يحمل لفظ(أو) على معنى التخيير كما لا خيار للامام (رئيس الدولة) في الامر بتنفيذ ما يريده من هذه العقوبات لأنه ليس من العدالة مثلا ان يحكم على من أخذ المال وقتل بعقوبة النفي لأنه حكم بأخف العقوبات لأخطر الجرائم المذكورة في هذا النص. كما انه ليس من باب العدالة ان يقتل ويصلب من اخاف الطريق فقط.

---

[1] قال بعض الاصوليين: الفرق بين التخيير والاباحة هو أن الأول يكون عند امتناع الاجتماع بين المتعاطفات بأو، والإباحة عند جوازه، ويُعرف كل منهما بالنظر في محل القضية، فإن كان الاصل فيه الحظر، وثبت الجواز بعارض فهو للتخيير، وإن كان الاصل فيه للاباحة فهو للاباحة. وقد فسّر صدر الشريعة التخيير بمنع الجمع والاباحة بمنع الخلو اي المنع من ترك المتعاطفين جميعا ولكن هذا ليس صحيحا على اطلاقه حيث هناك تخيير مع جواز الجمع كما في امور الكفارة والفدية.

[2] سورة المائدة/٨٩.

[3] سورة المائدة/٣٣.

اذن لفظ(أو) لم يستعمل في هذا النص لمعناه الحقيقي وانما هو مستعار لمعنى(الواو) ويتم في ضوء هذا المعنى المجازي توزيع أنواع العقوبات على أنواع الجرائم المذكورة كل حسب حجمه وخطورته

يقول البزدوي: (اما ان يقتلوا من غير صلب ان افردوا القتل، أو يصلبوا مع القتل ان جمعوا بين الاخذ والقتل، أو تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف ان افردوا الاخذ: قطع اليد لاخذ المال، وقطع الرجل لاخافة السبيل أو لتغليظ الجناية بالمجاهرة، أو ينفوا من الأرض بالحبس ان افردوا الاخافة) [١].

والقران الكريم استعمل(أو) بمعنى(و) في نصوص كثيرة منها:

قوله تعالى(**فَاصْبِرْ لِحُكْمِ رَبِّكَ وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ آثِماً أَوْ كَفُوراً**) [٢] اى لا هذا ولا ذاك. ومنها قوله تعالى(**لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ**) [٣].

اى ما انتفى المجامعة وتقدير المهر[٤].

وقد يستعار لمعنى(إلى) (الغاية) كقول الدائن للمدين(لألزمنك أو تعطيني حقي) اي إلى أن تعطيني حقي[٥].

وقد يستعار لمعنى (حتى) كما في قوله تعالى (**لَيْسَ لَكَ مِنَ الأَمْرِ شَيْءٌ أَوْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ أَوْ يُعَذَّبَهُمْ فَإِنَّهُمْ ظَالِمُونَ**) [٦] أي حتى يتوب عليهم أو حتى يعذبهم.

وقد يستعار للاضراب والاستدراك[٧] فيكون بمعنى (بل) كان يقال كان عدد الوفد العراقي إلى الامم المتحدة خمسة أو يزيدون أي بل يزيدون.

وكما في قوله تعالى (**وَأَرْسَلْنَاهُ إِلَى مِئَةِ أَلْفٍ أَوْ يَزِيدُونَ**) [١].

---

(١) اصول البزدوي مع كشف الاسرار٢/٤٧١.

(٢) سورة الانسان/٢٤.

(٣) سورة البقرة/٢٣٦.

(٤) فصول البدائع في اصول الشرائع المرجع السابق١/١٣٧.

(٥) تيسير التحرير٢/٩٦.

(٦) سورة آل عمران/١٢٨. لانه لو كان على حقيقته اما ان يكون معطوفاً على شيء فيلزم عطف الفعل على الاسم أو على ليس فيكون عطف المضارع على الماضي وكل ليس بحسن.

(٧) لب الاصول ص٥٣

وقد يستعار للتقريب كأن يقال: (لا ادري أسلم ام ودع) هذا يقال لمن قصر سلامه كالوداع فهو باب تجاهل العارف.

الفاء (ف):

الفاء حرف من حروف العطف، وهي موضوعة للترتيب وللتعقيب، في كل شئ بحسبه، وتستلزم تشريك المعطوفين في الحكم.

والترتيب اما زمني كما في قوله تعالى: (**فَرَاغَ إِلَى أَهْلِهِ فَجَاء بِعِجْلٍ سَمِينٍ، فَقَرَّبَهُ إِلَيْهِمْ**)[2] واما ترتيب ذِكري وهو الرتيبي، وذلك في التفصيل بعد الاجمال، كما في قوله تعالى: (**وَنَادَى نُوحٌ رَّبَّهُ فَقَالَ رَبِّ إِنَّ ابُنِي مِنْ أَهْلِي**)[3] لان رتبة الكلام الشارح تلي رتبة المشروح[4].

وقد يستعار الفاء للسببية كما في قوله تعالى: (**فَوَكَزَهُ مُوسَى فَقَضَى عَلَيْهِ**)[5] (**فَتَلَقَّى آدَمُ مِن رَّبِّهِ كَلِمَاتٍ فَتَابَ عَلَيْهِ**)[6].

(ثم)

لفظ (ثم) من حروف العطف وهو موضوع للترتيب والتعقيب مع التراخي[7] (المهلة) ويعتبر التشريك من لوازمها كما أنه من مستلزمات الفاء.

ومعنى التراخي هو حصول ما بعدها بعد حصول ما قبلها بزمان، كما في قوله تعالى: (**ثُمَّ أَمَاتَهُ فَأَقْبَرَهُ، ثُمَّ إِذَا شَاء أَنشَرَهُ**)[8].

---

(1) سورة الصافات/١٤٧. وجه الاضراب في الاية الكريمة: انه اخبر بانهم مائة الف باعتبار ما يظنه الرأي فيزيدون باعتبار ما في نفس الامر.
انظر حاشية البناني على جمع الجوامع ٣٣٧/١.

(2) الذاريات : ٢٦–٢٧.

(3) سورة هود/٤٥.

(4) الوسيط في الاصول ص١٧.

(5) سورة القصص/١٥

(6) سورة البقرة/٣٧

(7) انظر شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول للامام شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي ص١٠١

(8) سورة عبس/٢١–٢٢.

وقد تستعار (ثم) لمعنى (الواو) كما في قوله تعالى (**كَيْفَ تَكْفُرُونَ بِاللَّهِ وَكُنتُمْ أَمْوَاتاً فَأَحْيَاكُمْ ثُمَّ يُمِيتُكُمْ ثُمَّ يُحْيِيكُمْ ثُمَّ إِلَيْهِ تُرْجَعُونَ**)[1] ، وكما في قول النبيﷺ ((من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها، فليكفر عن يمينه، ثم ليأتِ الذي هو خير))[2]، وانما كان لفظ (ثم) بمعنى الواو" لان الحنث شرط الكفارة بدليل الرواية الاخرى فليأت ـ الذي هو خير، ثم ليكفر عن يمينه .

وتستعار لمعنى (الفاء) كقول الشاعر:

كهز الرديني تحت العجا ج جرى في الانابيب ثم اضطرب

فان الاضطراب بعد الجري يكون بلا مهلة، إذن تكون ثم بمعنى الفاء مجازا.[3]

حروف الجر:

ومن حروف الجر التي استعملت في عدة معان حقيقية ومجازية ما يلي:

(على):

للاستعلاء أي علو شئ على غيره، وتفيد معنى الالزام، لانها وُضعت لإفادة معنى التعلي. ولهذا لو قال شخص: لفلان عليَّ الف دينار، يعتبر ذلك اقراراً بالدين، بخلاف ما لو قال: (عندي أو معي أو لديَّ ألف دينار)، فإنه يُحمل على الأمانة أو الوديعة.[4] وقد تُستعار لمعان اخرى منها:

أ ـ المصاحبة: بمعنى (مع) كما في قوله تعالى:

---

(1) البقرة : ٢٨

(2) أخرجه الطبراني.

(3) انظر الوسيط المرجع السابق. تيسير التحرير ٢/٨٠.

(4) اصول الشاشي ص٦٨. مغني اللبيب ١/١٤٤ فاذا قال شخص لاخر: (انت برئ مما لي عليك) يبرأ من الديون فقط لان كلمة (على) لا تستعمل الا فيها فلا تدخل تحتها الامانات.
واذا قال: (انت برئ من ما لي عندك) يبرأ من الامانات دون الضمانات لان كلمة (عندي) تستعمل في الامانات فقط. ويرى ابن عابدين شمول ذلك للضمانات ايضا بقرينة العرف. واذا قال: (انت برئ مما لي قبلك) بريء عن الضمان والامانة. واذا قال (ابرأتك عن هذه العين) لا يبرأ لان العين لا تقبل الاسقاط.. انظر رسالة اعلام الاعلام باحكام الاقرار العام لابن عابدين ص٩٦ وما بعدها.
التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي، الدكتور وحيد الدين سوار ص٥٥٩.

(وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ)[1] أي معه.

ب ـ المجاوزة بمعنى (عن) نحو رضيت عليه أي عنه.

ج ـ التعليل بمعنى (اللام) كما في قوله تعالى: **(وَلِتُكَبِّرُواْ اللّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ)**[2] أي لهدايته اياكم.

د ـ الظرفية بمعنى (في) كما في قوله تعالى: **(وَدَخَلَ الْمَدِينَةَ عَلَى حِينِ غَفْلَةٍ مِّنْ أَهْلِهَا)**[3] أي في وقت غفلتهم .

هـ ـ بمعنى (من) كما في قوله تعالى: **(وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُواْ عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ)**[4] أي من الناس.

و ـ للاستدراك بمعنى (لكن) كما في قول الشاعر:

بكل تداوينا فلم يشف جانبا   على ان قرب الدار خير من البعد.

أي لكن قرب الدار خير من البعد.

وكأن يقال: ان مجلس الأمن لا يستطيع ان ينهض بمهمته كما هو المطلوب على انه لا ينكر دوره إلى حد ما في استقرار السلم والامن الدوليين أي لكنه لا ينكر دوره...

ز ـ الثبوت والاستقرار كما في قوله تعالى **(أُوْلَـئِكَ عَلَى هُدًى مِّن رَّبِّهِمْ)**[5] وقوله تعالى **(وَإِنَّكَ لَعَلى خُلُقٍ عَظِيمٍ)**[6] فهذان النصان من مجاز التشبيه حيث شبه التمكن من الهدى والاخلاق العظيمة والثبوت عليها بمن على وسيلة من وسائل المواصلات يصرفها كيف يشاء.[7]

(عن):

اهم معانيه واكثرها استعمالا هو المجاوزة، يقال: رغبت عن مصاحبة السوء: أي جاوزت واعرضت.. ويستعمل لمعان أخرى اهمها ما يلي:

أ ـ بمعنى (على) أي للاستعلاء كما يقول الشاعر:

---

(١) سورة البقرة/١٧٧.
(٢) سورة البقرة/١٨٥.
(٣) سورة القصص/١٥.
(٤) سورة المطففين/٢.
(٥) سورة البقرة/٥.
(٦) سورة القلم/٤.
(٧) انظر الاشارة الى الايجاز في بعض انواع المجاز المرجع السابق ص٢٣

اذا رضيت عنى كرام عشيرتي فما زال غضبانا علي لئامها

ب ـ بمعنى (في) الظرفية، يقال: (الأب لا يستطيع ان يتخلى عن تحمل مسؤولية تربية اولاده) أي في تحملها.

ج ـ بمعنى (بعد) كقوله تعالى (لَتَرْكَبُنَّ طَبَقاً عَن طَبَقٍ)[١]. أي لتركبونن[٢] حالا بعد حال من حياة ثم موت ثم حياة ...

د ـ بمعنى (من)كقوله تعالى (وَهُوَ الَّذِي يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ)[٣] أي منهم.

هـ بمعنى (ب) كقوله تعالى (وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَى إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى)[٤]

و ـ ويأتي بمعنى بدل، كقوله تعالى (وَاتَّقُواْ يَوْماً لاَّ تَجْزِي نَفْسٌ عَن نَّفْسٍ شَيْئاً)[٥] أي بدلا منها.

ز ـ وللتعليل والسببية كقوله تعالى (وَمَا نَحْنُ بِتَارِكِي آلِهَتِنَا عَن قَوْلِكَ)[٦] أي لاجله وبسببه[٧]

اللام الجارة:

وهي حقيقة للاستحقاق مثل (الحمد لله) والاختصاص مثل (الجنة للمؤمنين) والملكية[٨] كقوله تعالى (وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ).[٩]

وقد تستعار لمعان اخرى منها:

أ ـ التعليل كما في قوله تعالى (وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ)[١٠] أي لأجل ان تبين لهم.

ب ـ بمعنى(في) كقوله تعالى (وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَامَةِ)[١١] أي فيه

---

(١) سورة الانشقاق/١٩
(٢) حذفت النون لتوالي الامثال والواو لالتقاء الساكنين.
(٣) سورة الشورى/٢٥
(٤) سورة النجم/ ٣ـ٤
(٥) سورة البقرة/٤٨
(٦) سورة هود/٥٣
(٧) الشامل معجم في علوم اللغة العربية ومصطلحاتها ص٦٢١
(٨) شرح تنقيح الفصول المرجع السابق ص١٠٣
(٩) سورة النور/٤٢
(١٠) سورة النحل /٤٤
(١١) سورة الانبياء /٤٧

ج ـ بمعنى (عند) كما في قوله تعالى (فَقَدْ كَذَّبُواْ بِالْحَقِّ لَمَّا جَاءهُمْ)[١] أي عندما جاءهم.

د ـ بمعنى (بعد) أو للتوقيت كما في قوله تعالى (أَقِمِ الصَّلاَةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ)[٢] أي بعده.

هـ بمعنى(عن) كما في قوله تعالى(وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِلَّذِينَ آمَنُوا لَوْ كَانَ خَيْراً مَّا سَبَقُونَا إِلَيْهِ)[٣] أي عنهم.

و ـ للصيرورة والعاقبة والمآل كما في قوله تعالى (فَالْتَقَطَهُ آلُ فِرْعَوْنَ لِيَكُونَ لَهُمْ عَدُوّاً وَحَزَناً)[٤].

الباء (ب):

وهي موضوعة للالصاق، كما يقال الصقت الصورة بالجدار.

وتُستعار لمعانٍ أخرى منها:

أ ـ بمعنى (مع) للمصاحبة كما في قوله تعالى (قَدْ جَاءكُمُ الرَّسُولُ بِالْحَقِّ)[٥] أي معه.

ب ـ بمعنى (في) للظرفية كما في قوله تعالى (وَلَقَدْ نَصَرَكُمُ اللّهُ بِبَدْرٍ وَأَنتُمْ أَذِلَّةٌ)[٦] أي في بدر.

ج ـ بمعنى (عن) للمجاوزة كما في قوله تعالى (سَأَلَ سَائِلٌ بِعَذَابٍ وَاقِعٍ)[٧] أي عنه.

د ـ للسببية اذا كان ما بعدها سببا لما قبلها مثل فلان عوقب بجريمته. أي بسببها.

هـ ـ بمعنى على للاستعلاء كما في قوله تعالى (وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ)[٨] أي عليه.

و ـ بمعنى (من) للتبعيض كما في قوله تعالى (عَيْناً يَشْرَبُ بِهَا عِبَادُ اللَّهِ)[٩] أي منها

ز ـ المقابلة وهي الداخلة على الأعواض نحو اشتريته بألف.

ح ـ القسم مثل (اقسم بالله لاكونن امينا ومخلصا في اداء واجبي).

---

(١) سورة الانعام/٥

(٢) سورة الاسراء/ ٧٨

(٣) سورة الاحقاف/١١.

(٤) سورة القصص/٨.

(٥) سورة النساء/١٧٠.

(٦) سورة آل عمران/١٣٢.

(٧) سورة المعارج/١.

(٨) سورة آل عمران/٧٥.

(٩) سورة الانسان/٦.

ط ـ التوكيد وعندئذ تكون زائدة[١] كقوله تعالى (وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ)[٢].

(في):

وهي حقيقة في الظرفية، تستعار لمعان اخرى منها:

أ ـ للمصاحبة كما في قوله تعالى (قَالَ ادْخُلُواْ فِي أُمَمٍ قَدْ خَلَتْ مِن قَبْلِكُم[٢]) أي معهم

ب ـ للتعليل اذا كان ما بعدها سببا (أو علة) لما قبلها كما في قوله تعالى (وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ لَمَسَّكُمْ فِي مَا أَفَضْتُمْ فِيهِ عَذَابٌ عَظِيمٌ)[٤] أي لأجل ما افضتم.

ج ـ للعلو بمعنى (على) كما في قوله تعالى (وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ النَّخْلِ) أي عليها.

د ـ بمعنى (ب) كما في قوله تعالى (وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ)[٥] أي به.

هـ ـ بمعنى (إلى) كما في قوله تعالى: (فَرَدُّواْ أَيْدِيَهُمْ فِي أَفْوَاهِهِمْ)[٦] أي اليها.

(من):

وهي موضوعة لابتداء الغاية بمعنى المسافة في المكان كما في قوله تعالى:

(سُبْحَانَ الَّذِي أَسْرَى بِعَبْدِهِ لَيْلاً مِّنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ إِلَى الْمَسْجِدِ الأَقْصَى)[٧] او الزمان مثل (يعتبر هذا القانون نافذا من يوم نشره في الجريدة الرسمية) وتستعار لعدة معانٍ أخرى ومنها:

أ ـ الفصل والتمييز كما في قوله تعالى (وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ)[٨].

ب ـ بمعنى (عن) كما في قوله تعالى (قَدْ كُنَّا فِي غَفْلَةٍ مِّنْ هَذَا)[٩] أي عنه.

ج ـ بمعنى (الباء) كما في قوله تعالى: (يَنظُرُونَ مِن طَرْفٍ خَفِيٍّ)[١٠] أي به.

---

[١] مغني اللبيب/١٠٦

[٢] سورة الاعراف/٣٨

[٣] سورة النور/١٤.

[٤] سورة طه/٧١.

[٥] سورة البقرة/١٧٩.

[٦] سورة ابراهيم/٩.

[٧] سورة الاسراء/١.

[٨] سورة البقرة/٢٢٠.

[٩] سورة الانبياء/٩٧.

[١٠] سورة الشورى/٤٥.

وكما في قول الرسولﷺ (يَحْرُمُ من الرَضَاعِ ما يَحْرُمُ من النَّسَبِ)[١] أي به.

د ـ بمعنى (في) كما في قوله تعالى (إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ)[٢] أي فيه.

هـ ـ بمعنى (عند) كما في قوله تعالى (لَن تُغْنِيَ عَنْهُمْ أَمْوَالُهُمْ وَلاَ أَوْلاَدُهُم مِّنَ اللَّهِ شَيْئاً)[٣] أي عنده.

و ـ بمعنى (على) كما في قوله تعالى (وَنَصَرْنَاهُ مِنَ الْقَوْمِ الَّذِينَ كَذَّبُوا بِآيَاتِنَا)[٤] أي عليهم

ز ـ وللتعليل كما في قوله تعالى (يَجْعَلُونَ أَصْابِعَهُمْ فِي آذَانِهِم مِّنَ الصَّوَاعِقِ حَذَرَ الْمَوْتِ)[٥] أي لاجلها.

(الى):

وهي موضوع لانتهاء الغاية، أي انتهاء المسافة والمقدار زمانا ومكانا يقال:

نمت إلى طلوع الفجر أي: انتهاء بزمان طلوع الفجر، طلعت الجبل إلى قمته أي بمكان قمته. وتستعمل لمعان اخرى اهمها ما يلي:

أ ـ بمعنى (مع) أي للمصاحبة وانضمام شئ لآخر بما يعني تلازمهما مثل: (من ساء سلوكه اساء إلى أهله وعذبهم إلى عذابه: أي اساء مع اهله وعذبهم مع عذابه. وكما في قوله تعالى (وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ) أي مع أموالكم.

ب ـ بمعنى (في) أي للظرفية كما في قوله تعالى (قُلِ اللَّهُ يُحْيِيكُمْ ثُمَّ يُمِيتُكُمْ ثُمَّ يَجْمَعُكُمْ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ)[٦] أي في يوم القيامة.

ج ـ بمعنى (من) أي البعضية يقال: (شرب العاطش فلم يرتو إلى الماء) أي من الماء.

د ـ التبيين: أي ان المجرور بها فاعل أو مفعول به في المعنى وذلك اذا وقع قبلها تفضيل أو تعجب معناه الحب أو البغض كما يقال: (احتمال المشقة احب إلى النفس الكريمة من الاستعانة باللئيم). ويلاحظ ان النفس هي الفاعل في المعنى

---

(١) صحيح البخاري ٢٦٤٥
(٢) سورة الجمعة/٩.
(٣) سورة آل عمران/١٠.
(٤) سورة الانبياء/٧٧.
(٥) سورة البقرة/١٩.
(٦) سورة الجاثية/٢٦.

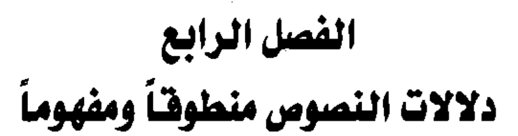
هـ الاختصاص أي تخصيص شيء لآخر نحو: (انا لله وانا إليه راجعون) أي الله مختص بتسيير شؤوننا في الحياة والممات.[1]

ونكتفي بهذا القدر من تطبيقات الحقيقة والمجاز في حروف المعاني فمن يرغب في الزيادة فليراجع كتب الاصول المعتمدة التي تمت الاشارة إلى الشيء الكثير منها في الهوامش.

---

(1) انظر الشامل معجم في علوم اللغة العربية ومصطلحاتها للمؤلفين: محمد سعيد اسبر وبلال جنيدي طبعة دار العودة بيروت ص١٥٨-١٥٩



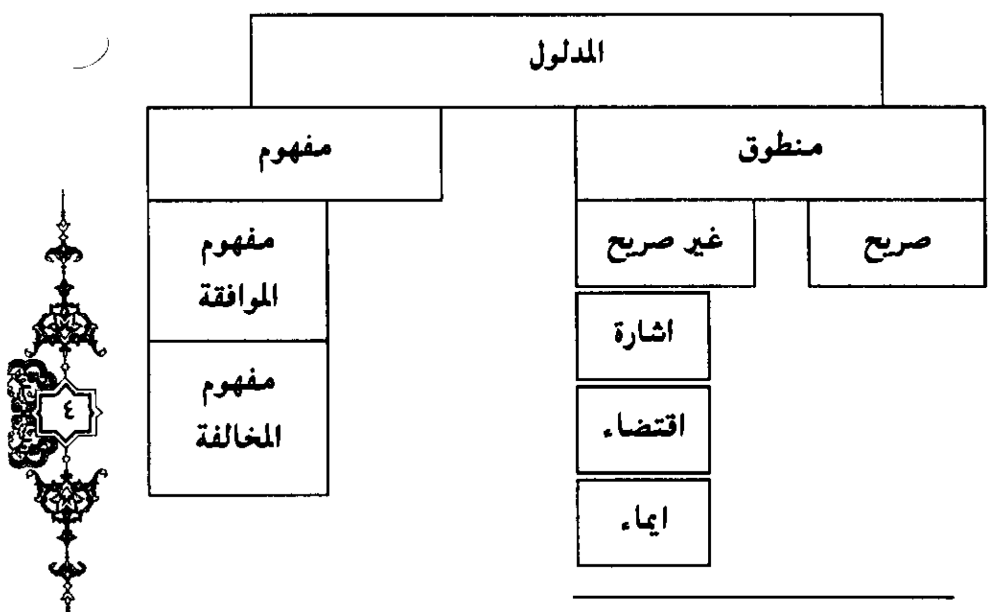


الفصل الرابع
دلالات النصوص منطوقاً ومفهوماً

من البديهيات أن الغاية المتوخاة من تشريع الأحكام وتقنين القوانين هي المصالح البشرية من جلب المنافع لهم ودفع الأضرار عنهم، وتزيد الشريعة الإسلامية بالاهتمام بالمصالح الروحية والأخروية اهتمامها بالمصالح المادية والدنيوية.

ومن الواضح أيضاً أن النصوص قوالب الأحكام، والألفاظ أوعية المعاني، ومسؤولية اكتشاف الأحكام تقع على عاتق الخبراء والمختصين في الشريعة والقانون من الفقهاء والقضاة، وكذلك من المعروف أن دلالات النصوص على الأحكام لا تجري على نمط واحد، بل من هذه الأحكام ما هو منطوق يؤخذ من ألفاظ النصوص وعباراتها، ومنها ما هو مفهوم يستنبط من روحها ومغزاها وعللها، والمنطوق صريح وغير صريح، وغير الصريح إشارة واقتضاء وإيماء[1]، والمفهوم موافق ومخالف.

وبذلك يكون أمام الفقيه والقاضي ست قنوات لاستقاء الأحكام من ينابيعها وهي:



[1] لمزيد من التفصيل يراجع شرح الكوكب المنير، ص٢٣٨.

١- المنطوق الصريح[١]

وهو ما دل عليه النص بألفاظه وعباراته دلالة لفظية وضعية[٢] مطابقة أو تضمنا[٣]، فقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾[٤]، يدل على مجموع العقوبات الثلاث دلالة مطابقية وعلى كل واحدة منها ضمن المجموع دلالة تضمنية.

٢- المنطوق غير الصريح

وهو ما دل عليه النص دلالة عقلية التزامية، فهي عقلية لأن مدرك الصلة بين الدال والمدلول هو العقل، والتزامية لأنه لازم للمنطوق الصريح، فأينما تحقق يتحقق معه ويدرك ذلك كل من كان من ذوي الاختصاص في الموضوع.

المنطوق غير الصريح ثلاثة أقسام:

أ- **إشارة النص (أو دلالة الإشارة)** : وهي دلالة عقلية التزامية للنص على حكم تابع لمنطوقه الصريح ولازم له[٥].

ب- **دلالة الاقتضاء** : وهي دلالة عقلية التزامية للنص على أن هناك كلمة (أو عبارة) تقتضي دلالة النص على المعنى (الحكم)[٦] المراد مراعاتها.

---

[١] دلالة المنطوق الصريح عند الأصوليين من الحنفية تسمى دلالة العبارة أو عبارة النص، كما تسمي دلالة المفهوم دلالة النص، والتقسيم الى المنطوق والمفهوم أقرب الى الواقع، وأدق معيارا وأقرب وأوضح للقوانين فهما واستيعابا.

[٢] بتعبير آخر ما سيق له النص أصالة يسمى منطوقا صريحا لأنه منطوق به صراحة، وما دلّ عليه النص تبعا والتزاما وعقلا يسمى منطوقا غير صريح.

[٣] لمزيد من التفصيل يراجع مختصر المنتهى الأصولي وشرحه ١٧١/٢.

[٤] سورة النور/ ٤.

[٥] كدلالة مجموع قوله تعالى ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْراً﴾ الأحقاف/ ١٥، وقوله تعالى ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ لقمان/ ١٤. على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر، وذلك بطرح المدة الثانية من المدة الأولى.

[٦] كدلالة قول الرسول ﷺ: (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما أستكرهوا عليه)، على أن في هذا الكلام كلمة محذوفة تجب رعايتها وهي (المؤاخذة) أو (العقاب) أو نحو ذلك.

ج- **دلالة الإيماء** : وهي دلالة عقلية التزامية للنص على أن حكمه معلل بعلة يدور معها وجوداً وعدماً[١].

٣- مفهوم الموافقة (أو المفهوم الموافق)[٢]

وهو حكم يؤخذ من روح النص لا من عبارته، ومن الغاية المتوخاة من تشريعه دون التمسك بحرفيته.

٤- مفهوم المخالفة (أو المفهوم المخالف)

وهو حكم مخالف لمنطوق النص يؤخذ من تخلف قيد وارد فيه ومعتبر في الحكم[٣].

ويتبين لنا من هذه المقدمة عيب صياغة الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني العراقي[٤] والمدني المصري[٥] وكل قانون آخر نحا نحوهما[٦] في هذه الصياغة (**تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها**)، لأن ما يؤخذ من لفظها هو المنطوق الصريح، وما يؤخذ من فحواها هو مفهوم الموافقة، وبذلك لا يخوّل القاضي باستنباط الأحكام من النصوص إلا من احدى هاتين القناتين.

ولهذا النقص التشريعي نقترح تعديل هذه الفقرة بالآتي: (**تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها**)" لأن المنطوق يشمل

---

[١] كدلالة قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً﴾ النساء/١٠. على أن علة تحريم أكل مال اليتيم هي حماية أمواله.

[٢] ويسمى دلالة المفهوم أيضاً كما يسمى عند الحنفية دلالة النص كدلالة قوله تعالى ﴿ فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ﴾، الإسراء/٢٣. على تحريم كافة الإيذاءات من الضرب والشتم وغيرهما، فهو يدل بمنطوقه الصريح على تحريم التأفيف، وبمفهومه الموافق على تحريم تلك الإيذاءات.

[٣] كدلالة قوله تعالى ﴿ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ النساء /٢٣. بمنطوقه الصريح على تحريم زواج الربيبة بعد الدخول بأمها، وبمفهومه المخالف على عدم تحريمه إذا طلق امها أو توفيت قبل أن يدخل بها، وهذا المفهوم يؤخذ من قيد ﴿اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ النساء/٢٣. فهو قيد معتبر في الحكم (التحريم).

[٤] رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

[٥] رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

[٦] كالفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

الصريح وغير الصريح، وغير الصريح يشمل أقسامه الثلاثة والمفهوم يعم مفهوم الموافقة، ومفهوم المخالفة.

ولأهمية معرفة هذه الأنماط من دلالات النصوص بالنسبة لكل من يتعامل مع النصوص نخصص لدراسة كل من المنطوق والمفهوم مبحثاً مستقلاً.

المبحث الأول

منطوق النصوص

المنطوق- كما سبق - صريح وغير صريح، والصريح ما تناوله النص في لفظه من حكم لا يتوقف استنباطه منه على غيره، وهو قطعي الدلالة إن دل على معنى لا يحتمل غيره، وظني الدلالة أن احتمل معنى آخر كما يأتي تفصيل ذلك في محله بإذن الله.

والمنطوق غير الصريح ما تناوله اللفظ إشارة أو اقتضاء أو إيماء، ولزيادة الإيضاح نوزع دراسة هذه الأقسام الثلاثة للمنطوق غير الصريح على ثلاثة مطالب[1].

المطلب الأول

إشارة النص وتطبيقاتها

سبق أن عرفنا إشارة النص - أو دلالة الإشارة - بأنها ((دلالة عقلية التزامية للنص على حكم تابع لمنطوقه الصريح ولازم له))، واللازم المساوي يستلزم ملزومه أينما تحقق. وبناء على ذلك يكون للنص الذي يدل على حكم دلالة إشارة منطوقٌ صريح يدل عليه دلالة لفظية وضعية مطابقة أو تضمنا، وهذه الميزة تتميز بها النصوص مطلقاً سواء أكانت شرعية أم قانونية، وفيما يلي تطبيقات شرعية وقانونية:

---

[1] وجه التركيز على دراسة المنطوق غير الصريح هو أن المنطوق الصريح ملزوم وغير الصريح لازم له، ففي أي نص تحقق المنطوق غير الصريح يتحقق معه المنطوق الصريح لأن اللازم إذا كان مساويا لملزومه لا يتحقق بدونه.

أ- انموذج من النصوص الشرعية الدالة على الأحكام دلالة إشارة :

قال سبحانه وتعالى في القرآن الكريم ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ[١] رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ[٢] بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَآرَّ[٣] وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً[٤] عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ[٥] أَن تَسْتَرْضِعُواْ أَوْلاَدَكُمْ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[٦].

تدل هذه الآية على عدة من الأحكام الشرعية، منها منطوق صريح، ومنها مدلول عليها دلالة إشارة كما في التفصيل الآتي:

أولاً - الأحكام المنطوق بها صراحة :

١- يجب - أو يندب - إرضاع الأطفال على أمهاتهم، فهو واجب في حالة قيام الزوجية ما لم يكن هناك عذر، ومندوب بعد الفرقة بين الزوجين بقرينة قوله تعالى ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٧]، لأنه لا يجوز اخذ الاجر على الواجب، وهذا الحكم منطوق صريح لقوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ﴾[٨]

---

[١] أي الأب. والهاء يعود إلى (ال) الموصولة وهي بمعنى الذي أي وعلى الذي يولد له.

[٢] أي دفع الرزق بمعنى الأجرة التي يتحصل بها الطعام والشراب والكسوة على الإرضاع.

[٣] برفع التاء عند بعض على أساس أنه جملة خبرية معناها النهي، وهو يحتمل البناء للفاعل والمفعول، وأن يكون الأصل تضارِر – بكسر الراء الأولى – أو تضارَر – بفتحها – وعلى الأول تكون المرأة هي الفاعلة للضرار وتضر الأب عن طريق إضرار الولد، وعلى الثاني الأب يضرها عن طريقه.

[٤] أي فطاما قبل الحولين وإنما سمي فصالا لان الولد ينفصل عن الإغتذاء بلبن أمه إلى غيره من الأقوات.

[٥] الخطاب للآباء.

[٦] سورة البقرة/ ٢٢٣.

[٧] سورة الطلاق/ ٦.

[٨] سورة البقرة/ ٢٣٣.

لأنه جملة طلبية[1] معنى وان كانت خبرية لفظاً.

٢- يندب أن تكون مدة الرضاعة حولين كاملين تحقيقاً لا تقريباً، وهذا التحديد ليس على وجه الحتم والإلزام لأنه منطوق صريح لقوله تعالى ﴿ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾[2]، فعلق الإتمام بإرادة الوالدين وبقرينة قوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً﴾[3]، أي أن أراد الوالدان فطام الطفل قبل إتمام الحولين لهما ذلك ما لم يكن مضرا به، فحكم المدة هو الندب.

٣- يجب على والد الطفل نفقة وكسوة المرضعة عينا أو نقدا عوضا عن قيامها بإرضاع الطفل وحضانته، وهذا الحكم منطوق صريح لقوله تعالى ﴿ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾[4]، لأن حرف (على) للإلزام. والمراد بالوالدات الزوجات المطلقات اللاتي لهن أولاد من أزواجهن بدليل ما يلي:

أ-هذه الآية أتت بعد آيات أحكام الطلاق، فهي متممة لهذه الأحكام،ومن آثار الطلاق وجوب نفقة المطلقة مقابل الإرضاع،أما في حال قيام الزوجية فانه واجب عليها لأنها زوجة وأم، والإنفاق واجب على والد الطفل لأنه زوج، فالنفقة للزوجية لا للإرضاع.

ب- من الأمور الطبيعية أن يحصل التباغض والتعادي بين الزوجين بعد الفرقة، الأمر الذي قد يحمل المرأة على إيذاء الولد، لأنه إيذاء للزوج بصورة غير مباشرة، أو قد ترغب في أن تتزوج زوجاً آخر فتهمل أمر طفلها.

ولهذه الأسباب وغيرها أمر الله سبحانه وتعالى الأمهات المطلقات طلاقاً بائناً بإرضاع أطفالهن مقابل أجرة عينية أو نقدية لعيشها بالمعروف. أما المطلقة طلاقا رجعيا فهي في حكم الزوجة الحقيقية في وجوب الإرضاع عليها.

٤- الواجب من النفقة والكسوة يكون على قدر حال الزوج في إعساره و يساره، لأنه ليس من المعروف والعدل إلزام المعسر بأكثر مما يقدر عليه ويمكنه، وهذا الحكم

---

[1] نشرت جريدة الجمهورية – أي في العراق –، العدد ٨٤٣٧ في ١٩٩٥/٢/٢٩ تحت عنوان مختصون يؤكدون أهمية الرضاعة الطبيعية (أثبتت الدراسات والتقارير التي قدمتها منظمة اليونسيف أن الرضاعة الطبيعية تمنع إصابة الأطفال بكثير من الأمراض).

[2] سورة البقرة/ ٢٣٣.

[3] سورة البقرة/ ٢٣٣.

[4] سورة البقرة/ ٢٣٣.

منطوق صريح لقوله تعالى ﴿بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا ﴾[١].

٥- يحرم على كل من الأبوين أن يضر الآخر بسبب ولدهما الرضيع في تنفيذ أحكام الرضاعة، فلا تأبى الأم أن ترضعه أضرارا بابيه، ولا يجوز أن تطلب هي أكثر من اجر مثلها، ولا يحل للأب أن يمنع الأم من الإرضاع إذا رغبت فيه، ولا أن يقتر عليها في شيء مما يجب عليه، فلا تكلف الأم الصبر على التقتير، كما لا يكلف الأب بما هو إسراف وما لا يقدر عليه، بل يجب أن يكون كل ذلك بالمعروف، كذلك ليس له أن ينتزع الولد منها بدون سبب شرعي. وهذا هو المنطوق الصريح لقوله تعالى ﴿ لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ﴾[٢].

٦- إذا مات الأب أو عجز عن الإنفاق على الزوجة المطلقة المرضعة ينتقل الوجوب إلى ذمة وارث الطفل الرضيع، وهذا هو المنطوق الصريح لقوله تعالى ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾[٣].

٧- يجوز اتفاق الوالدين بالتراضي على إنهاء فطام الطفل قبل إكمال الحولين (السنتين) ما لم يكن ذلك مضراً بالطفل، فالتحديد للكمال على وجه الندب، وليس الحتم والإلزام، وهذا هو المنطوق الصريح لقوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً﴾[٤].

٨- يجوز للآباء أن يسترضعوا أولادهم، ويطلبوا لهم من يرضعهم من النساء سوى أمهاتهم، شريطة أن يسلموا إليهن ما أرادوا تسليمه من الحق المتفق عليه أو المحدد بالعرف دون مماطلة أو نقص، لأن عدم توفير أجرهن يبعثهن على التساهل بأمر الصبي والتفريط في شأنه. على أن جواز استرضاع غير الأم مشروط بعدم المضارة بالأم لما ورد في الآية من قوله تعالى ﴿ لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا ﴾[٥]. وحكم استرضاع غير الأمهات منطوق صريح لقوله تعالى ﴿ وَإِنْ

---

[١] سورة البقرة /٢٣٣.

[٢] سورة البقرة /٢٣٣.

[٣] سورة البقرة /٢٣٣. وقال البعض –كالرازي–، التفسير الكبير٦/١٣١ (المراد وارث الأب فيجب عليه عند موت الأب ما كان واجبا على الأب)، لكن هذا خلاف ظاهر الآية التي تشير إلى أن هذا من باب الغرم مقابل الغنم، فنفقة الطفل تكون على الوارث الذي يرثه لو مات وله مال.

[٤] سورة البقرة /٢٣٣.

[٥] سورة البقرة /٢٣٣.

أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلاَدَكُمْ ﴾[1].

ثانياً- الأحكام المدلول عليها دلالة إشارة :

١- نسب الأولاد يكون لآبائهم دون أمهاتهم، وجه الدلالة أن لام (له) حقيقة في الملكية، ولتعذر حملها على معناه الحقيقي تحمل على اقرب معنى إلى الملكية وهو النسب، ثم إن حرف(أل) في (المولود له) بمعنى الذي[2]،والتقدير (وعلى الذي يولد له)، وهذا يدل إشارة على أن الوالدات انما ولدن لهم،وهذا هو سر اختيار المولود له بدلا من الوالد.

٢- على الأب وحده في حال حياته وتمكنه نفقة أولاده القاصرين ذكورا كانوا أم اناثا، وانفاقه على المرضعة في فترة الرضاع إنفاق على الطفل الرضيع بصورة غير مباشرة، فهو واجب عليه أيضاً.

وجه الدلالة: أن الأب وحده يتميز بخصوصية النسب، وفي مقابل هذا الغنم عليه غرم النفقة، أخذاً بقاعدة: (الغرم بالغنم)[3]، أي من ينال نفع شيء يتحمل ضرره.

٣- يفضل لبن الأم على لبن غيرها لما له من التأثير على صحة الطفل وسلوكه.

وجه الدلالة: وجه الله الأمر بالإرضاع إلى الأمهات أولاً، ثم استثنى من هذا الأصل جواز الاستعانة بغير الأمهات إذا دعت ضرورة إلى ذلك من رعاية مصلحة الطفل، فقال سبحانه وتعالى ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلاَدَكُمْ ﴾[4].

٤- للوالد وحده حق التصرف في مال ولده بدون إذنه، استثناء من قاعدة تحريم أكل مال الغير بدون رضاه أو طيبة نفسه في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ

---

[1] سورة البقرة/ ٢٣٣.

لمزيد من التفصيل في معرفة هذه الأحكام، راجع التفاسير المعتمدة التالية:

التفسير الكبير للرازي ١٢٤/٦ وما بعدها. تفسير النسفي ١١٧/٢ وما بعدها.

تفسير القرطبي ١٦٠/٣ وما بعدها. أحكام القرآن للجصاص ١٠٤/٢ وما بعدها.

أحكام القرآن لابن العربي ٢٠٢/١ وما بعدها.

[2] لأن (أل) إذا دخلت على اسم الفاعل أو اسم المفعول تكون موصولة بمعنى الذي أو التي، ويستوي فيه المذكر والمؤنث، والمفرد والجمع، قال ابن مالك في ألفيته:

ومَن وما وأل تساوي ما ذكر ... وهكذا ذو عند طيّء شهر

[3] مجلة الأحكام العدلية،م١٨٧.

[4] سورة البقرة/ ٢٣٣.

أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[١]، وقال الرسول ﷺ: (لا يحل مال امرئ إلا بطيبة نفسه)[٢].

وجه الدلالة: ما للأب من نسب وما عليه من نفقة، ومن تامين كافة متطلبات عيش ولده حتى يبلغ اشده ويقدر أن يعتمد على نفسه.

٥- إذا قتل الوالد ولده قتلا عمدا عدوانا، لا يجب عليه القصاص، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية كالسجن.

وجه الدلالة: انه سبب وجوده فلا يكون هو - أو قتله - سبباً لإعدامه، وعلى هذا الأساس قال علماء الأصول: (الأبوة مانعة من القصاص) ، وكذلك إذا قذف ولده لا يعاقب بعقوبة حد القذف المقرر بالنص، بل يعزر.

٦- وجوب نفقة الأقارب لا يقتصر على قرابة البنوة كما قال البعض[٣]، ولا على الوارث ذي الرحم كما هو رأي البعض[٤]، إنما يشمل كل قريب وارث.

وجه الدلالة: أن لفظ (الوارث) في قوله تعالى ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾[٥]، معرف بال الاستغراق يفيد العموم، ولم يثبت دليل يخصصه، ثم إن الحكم -وجوب النفقة- تعلق بوصف -الوارث- وتعلق الحكم بالمشتق يدل على علية -سببية-[٦] مأخذ الاشتقاق، فالسبب هو الوارث فيدور معه وجوداً وعدماً.

٧- الأم أحق بحضانة ولدها. وجه الدلالة: أن الله قد أمرها بالإرضاع وهو جزء من الحضانة[٧]. والحضانة كالرضاع لهما صفة مزدوجة فكل منهما حق والتزام، فمن حيث انه التزام لا يحق لها أن تتنازل عن أي منهما بدون عذر مشروع إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة الطفل، وكذلك ليس لها الامتناع عن الإرضاع إن لم

---

[١] سورة النساء/ ٢٩.

[٢] رواه مسلم.

[٣] كالشافعي فقال (لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين)، كشف الأسرار ٢/٥٣٢.

[٤] كالحنفية، المرجع السابق، قال ابن أبي ليلى (تجب النفقة على كل وارث لظاهر قوله تعالى (وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ)، البقرة/ ٢٣٣.

[٥] سورة البقرة/ ٢٣٣.

[٦] وقد اشتهر بين علماء الاصول تسمية السبب علة وهذه التسمية غير دقيقة لان العلة مصطلح فلسفي دخلت في العلوم الاسلامية بعد ترجمة الفلسفة والمنطق، كما ذكرنا سابقا.

[٧] لمزيد من التفصيل يراجع ابن العربي، أحكام القرآن ١/٢٠٤.

تجد من ينفق عليها، كما أن التزامها بالعدة لا يسقط أن لم يكن هناك من ينفق عليها أثناء العدة.

وحكمة أحقية الأم بالحضانة هي مالها من الحنان والشفقة والسكينة النفسية، مما له الاثر الفعال بالنسبة لسلوك الطفل إذا تولت بنفسها الإشراف عليه مباشرة.

٨- على الزوجة الغنية نفقة زوجها الفقير.

وجه الدلالة: أنها وارثة له[١] وقد ربط سبحانه وتعالى بين الإنفاق والميراث فقال ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾[٢]، وهذا يدل على أن مسؤولية الإنسان بالإنفاق على الغير مبنية على أساس انه وارث له، وبما أن الزوجة وارثة لزوجها إذا مات قبلها فتجب عليها نفقته إذا كانت غنية وهو فقير، وبناء على ذلك تكون نسبة الالتزام بالإنفاق حسب نسبة الاستحقاق في التركة في حالة تعدد الورثة، فالفقير الذي له أخت وأخ من الأبوين أو من الأب عليهما النفقة أثلاثاً لأن استحقاقهما لتركته[٣] يكون وفق قاعدة ﴿للذكر مثل حظ الأنثيين﴾[٤].

ومن الآيات الأخر في القرآن الكريم التي تدل على الأحكام دلالة إشارة قوله تعالى ﴿ لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[٥] يدل إشارة على صحة الزواج بدون ذكر المهر فيه.

وقوله تعالى ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَآئِكُمْ ﴾[٦] يدل إشارة على صحة صيام رمضان مع الحدث الأكبر لأنه مسموح للزوجين المعاشرة الجنسية إلى اللحظة الأخيرة من

---

[١] لمزيد من التفصيل يراجع ابن حزم المحلي ٩٢/١٠.

[٢] سورة البقرة/ ٢٣٣.

[٣] خلافاً للظاهرية، لمزيد من التفصيل يراجع المحلي ١٠٧/١٠.

[٤] في كشف الأسرار ٥٣٢/٢ (وفيه إشارة إلى أن النفقة تجب بقدر الميراث، لأن الإرث علة لوجوبها فيجب بناء الحكم على معناه وهو الإرث، والحكم يثبت بقدر العلة لأن الغرم بأزاء الغنم، وقوله تعالى ﴿لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ ﴾ النساء/ ٢٣٦. يدل دلالة إشارة على صحة الزواج بدون المهر. وقوله تعالى ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَآئِكُمْ ﴾ البقرة/ ١٨٧، يدل على صحة الصيام مع عدم الغسل بعد المعاشرة الجنسية لجواز القيام بها في اللحظة الأخيرة من الليل التي لا تكفي للغسل).

[٥] سورة النساء/ ٢٣٦.

[٦] سورة البقرة/ ١٨٧.

الليل، ومن الواضح أن الفسل بين نهاية الليل وبداية الفجر متعذر.

ب- انموذج من النصوص القانونية الدالة على الأحكام دلالة إشارة :

١- (م٣٧٨/١)[1] من قانون العقوبات العراقي القائم: ﴿لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين، أو اتخاذ أي إجراء فيها إلا بناء على شكوى الزوج الآخر﴾.

فالمنطوق الصريح للفقرة الأولى من هذه المادة هو أن أحد الزوجين إذا ارتكب جريمة الزنا فلا يجوز لأي شخص أن يحرك الدعوى ضده إلا الزوج الآخر البريء المجني عليه،علما أن الادعاء العام هو الجهة التي يتم بوساطتها تحريك ومباشرة الدعوى الجزائية.

وتدل دلالة إشارة على أن جريمة زنا أحد الزوجين اعتداء على حق خاص للزوج الاخر، وينبني على ذلك أن لهذا الزوج المعتدى عليه مطلق الحرية في تحريك الدعوى وعدمه وفي التنازل عن حقه قبل الدعوى وبعدها، وقبل صدور الحكم بالعقوبة وبعده، وفي حالة التنازل ليس للقضاء الحكم بالعقوبة، ولا للجهة التنفيذية تنفيذ الحكم.

وتعتبر جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية اعتداء على الحق العام، أي على قيم المجتمع وأخلاقه وأعراضه وأنسابه، ومخالفة لحكم الله في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿وَلاَ تَقْرَبُواْ الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاء سَبِيلاً﴾[2]. ولا تفرق هذه الشريعة في

---

[1] وكذلك (م٣/أ/ف١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي (لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى من المجني عليه أو من يقوم مقامه قانونا في الجرائم الآتية: ١- زنا الزوجية، أو تعدد الزوجات خلافا لقانون الأحوال الشخصية).

و(م٢٧٤) من قانون العقوبات المصري (المرأة المتزوجة التي يثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين، ولكن لزوجها أن يوقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت). وتضمنت (م٣٧٨/١) من قانون العقوبات العراقي ما يلي أيضاً: (ولا تقبل الشكوى في الأحوال الآتية:

أ- إذا قدمت الشكوى بعد إنقضاء ثلاثة أشهر على اليوم الذي اتصل فيه علم الشاكي بالجريمة.

ب- إذا رضي الشاكي بإستئناف الحياة الزوجية على الرغم من اتصال علمه بالجريمة.

جـ- إذا ثبت أن الزنا تم برضاء الشاكي).

[2] سورة الإسراء/ ٣٢.

التجريم والتحريم بين زنا أحد الزوجين وغيره، كما أنه لا وجود للرجم في القرآن،[1] وهي لا تحمي حقاً خاصاً لأحد الزوجين لأنه قد يكون برضاه، أو يمارس نفس الجريمة ويغض النظر عن ممارسة الآخر لنفس الجريمة، ولا تستهدف حماية حق المزني بها لأنه قد يكون الزنا برضاها، إنما تحمي الحق العام والنظام العام والآداب العامة.

وكذلك عقوبة الزنا عقوبة حدية من حقوق الله ومن الحقوق العامة، لا يملك أحد سلطة العفو أو التنازل عنها أو تعديلها. وينبني على ذلك أن لكل بالغ عاقل أن يساهم في مكافحة هذه الفاحشة بنفسه أو بإعلام الجهات المختصة لأنها من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

٢- م ١٦٣ من القانون المدني العراقي القائم ﴿المعروف عرفا كالمشروط شرطا﴾[2]، تدل بمنطوقها الصريح على أن للعرف في تقييد العقد قوة الشرط الصحيح المقترن به. وتدل دلالة إشارة على أن المتعاقد الملزم بالوفاء بالتزامه بمقتضى العرف إذا لم ينفذ هذا الالتزام جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد.

٣- من أوصى بمنفعة عقاره دون رقبته دل تصرفه بمنطوقه الصريح على أن الموصى له ينتفع بالمنفعة الموصى بها بعد وفاة الموصي مادام باقيا على قيد الحياة ما لم تقيد الوصية بالمدة، وتدل دلالة إشارة على أن شخصية الموصى له مأخوذة بنظر الاعتبار لدى الموصي، بحيث إذا توفي لا تنتقل إلى ورثته بل ترجع المنفعة إلى من يملك الرقبة من الورثة ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

٤- من وهب ماله لشخص وتوافرت شروط هبته دل عقد الهبة بمنطوقه الصريح على تمليك الواهب للموهوب له في حال حياته على سبيل التبرع. ودل دلالة إشارة على الإذن بالقبض، فإذا قبضه الموهوب له بدون إذن الواهب يكون القبض صحيحا ينتج آثاره الشرعية والقانونية ما لم ينص صراحة على منع القبض بلا إذن منه، وإلا فلا يعمل بدلالة الإشارة وفقا لـ(م ١٥٧) من القانون المذكور: (لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح).

---

(١) وقد أثبتنا ذلك بالأدلة العقلية والنقلية في مؤلفنا (لا رجم في القرآن).

(٢) المادة (٤٣). مجلة الاحكام العدلية.

المطلب الثاني
دلالة الاقتضاء وتطبيقاتها

قد يترك الشارع (أو المشرع) كلمة (أو عبارة) في نص تقتضي دلالته على المعنى المراد رعايتها واعتبارها جزءا من هذا النص، ورعايتها تكون بمثابة الشرط لتطبيق منطوق النص.

والسر في عدم ذكر هذه الكلمة - أو العبارة - رغم أهميتها يعود أما إلى وضوحها وإمكان إدراكها بأدنى تأمل، أو إلى إبقاء النص على عمومه بالنسبة لهذا المحذوف حتى يكون أمام القضاء مجال واسع لتقدير ما يتناسب مع خصوصية كل قضية وظروفها، كما يجوز أن يكون الترك لأسباب أخرى بالنسبة لمن كلف بإعداد مشروع القانون الوضعي كالجهل بأهمية القيد المحذوف أو النسيان أو الخطأ أو غير ذلك.

وأياً كان سبب عدم الذكر، فان عبء ادراكه واعتباره حين استنباط الحكم من النص يقع على المجتهد أو القاضي أو كل من يهمه فهم المراد من هذا النص[1] ويسمى المقتضي (بكسر الضاد)، ودلالة الاقتضاء موجودة في كثير من النصوص الشرعية والقانونية.

أ- من النصوص الشرعية المقتضية لضم ضميمةٍ ما يلي:

أولاً- إذا تعلق الحكم بعين - أو ذات - فانه يجب تقدير فعل من أفعال الإنسان يكون مناسبا للمقام والحكم، لأن متعلقات الأحكام التكليفية لا تكون إلا من أفعال (تصرفات) الإنسان لذا عرف علماء الأصول الحكم بأنه: (خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير أو الوضع)، ومن أمثلة ذلك:

١- قوله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ﴾[2]، أي حرم عليكم التزوج بأمهاتكم وبناتكم وأخواتكم، وغيرهن من محرمات الزواج تحريما مؤبدا والتزوج فعل الإنسان.

---

[1] لمزيد من التفصيل يراجع تسهيل الوصول إلى علم الأصول، ص١٠٥.

[2] سورة النساء/ ٢٣.

٢- قوله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾[١]، أي حرم عليكم الانتفاع بالميتة وتعاطي الدم واكل لحم الخنزير، لأن التحريم يتعلق بهذه الأفعال والتصرفات لا بذات الميتة أو الدم أو لحم الخنزير.

٣- قوله تعالى ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُواْ الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ﴾[٢]، أي أكل طعام أهل الكتاب - كل من يؤمن بكتاب سماوي وبرسول من الرسل - حل لكم وأكلهم لطعامكم حل لهم.

وهكذا في كل نص تعلق حكمه بعين أو ذات يجب تقدير فعل من أفعال الإنسان.

ثانياً- إذا ورد في نص رفع أو نفي شيء وهو واقع في نفس الأمر، فان صدق النص -أو صحته- يتوقف على تقدير ما يرفع هذا التناقض الظاهري بين الوقوع في الواقع واللاوقوع في النص، ومن أمثلة ذلك:

١- قول الرسول ﷺ: (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان[٣] وما استكرهوا عليه)[٤]، ومن الواضح أن كل إنسان معرض للخطأ والنسيان وللإكراه، فكل من هذه الأمور الثلاثة لم يرفع لا من أمة محمدﷺ ولا من أمة اخرى، ولذلك يجب تقدير ما هو مناسب في هذا المقام فقال البعض تقدير الكلام: رفع العقاب أو الإثم أو - المؤاخذة - على أساس أن هذه الأعذار من موانع المسؤولية الجنائية، فالإنسان إذا ارتكب جريمة في حالة النسيان أو الخطأ أو تحت ضغط الإكراه ولا يتوافر لديه القصد الجنائي لا يسأل جنائيا ولكن يسأل مدنيا عن تعويض ضرر مادي ناتج عن تصرفه غير المشروع لأن التعويض من باب خطاب الوضع، أي ربط المسببات بأسبابها بغض النظر عن سوء قصد المسبب أو حسن نيته. وقال البعض: رفع حكم تصرف الناسي والمخطئ والمكره، ومن المعروف أن الحكم اعم فيشمل كل اثر

---

[١] سورة المائدة/ ٣.

[٢] سورة المائدة/ ٥.

[٣] السهو زوال الصورة عن المدركة مع بقائها في الحافظة، والنسيان زوالها عنهما مما تحتاج في حصولها إلى سبب جديد. ابن عابدين ٣/٧٠٩.

[٤] وفي رواية دفع الله عن هذه الأمة ثلاثا: الخطأ والنسيان والأمر يكرهون عليه. وعن ابن عباس عن النبيﷺ قال: (ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه). راجع المعتبر في تخريج أحاديث المنهاج والمختصر للزركشي، تحقيق الأستاذ حمدي السلفي، ص١٥٤.

لهذا التصرف. والأفقه هو التقدير الأول لأن هذه الأعذار من موانع المسؤولية الجنائية عند جمهور الفقهاء.

٢- قول الرسول ﷺ : (لا نكاح إلا بولي)[1]، ومن البدهي أن النكاح بلا ولي قد وقع ويقع مرات لا حصر لها، وبناءً على ذلك من يرى أن إذن الولي شرط صحة الزواج قدر في هذا الحديث كلمة (لا صحة) أي لا صحة لزواج لم يتم بإذن الولي الخاص أو العام (كالقاضي)، ومن ذهب إلى صحة الزواج ولو بدون إذن الولي قدّر لفظ (كمال) أي لا كمال لزواج لم ينشأ بإذن الولي.

ثالثاً-أي سبب آخر في النص يقتضي ضم ضميمة إليه ليدل على المعنى أو الحكم المراد به.

ب- من النصوص القانونية :

١- م ٩٥ من قانون رعاية القاصرين العراقي ﴿يعتبر صدور الحكم بموت المفقود تأريخاً لوفاته﴾ فهي تقتضي اضافة العبارة التالية اليها ﴿ما لم يستند إلى تأريخ سابق﴾.

٢- م ٨٧٥ من مشروع القانون المدني العراقي ﴿أولاً - للموكل في أي وقت أن يعزل وكيله، أو يقيد وكالته، وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة﴾. فإنها تقتضي أن يضاف اليها ما يلي ﴿ما لم يتعلق بها حق للغير﴾، لأنه إذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز لاي من الموكل والوكيل انهاء الوكالة إلا بإذن هذا الغير[2].

ج- من القواعد العامة المقتضية للتقدير

١- قاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الدين)، فهي تقتضي تقدير نفاذ التصرف، أي لا نفاذ للتصرف في التركة إلا بعد تسديد الديون المتعلقة بها أو إذن الدائن، ذلك لأن التركة تنتقل ملكيتها إلى الورثة في لحظة الوفاة على الرأي الراجح لدى فقهاء الشريعة أخذاً بعموم آيات الميراث، لكن حفاظاً على حقوق الدائنين يكون تصرف الورثة في

---

[1] رواه أحمد والأربعة، سبل السلام ١٥٣/٣.

[2] على سبيل المثل: إذا اشترطت الزوجة وقت الزواج على زوجها أن يوكلها بتطليق نفسها إذا تزوج عليها زوجة أخرى، فوكلها بذلك فلا يستطيع أن يعزلها بالقول لتعلق حقها بالوكالة، لكن يستطيع العزل بالفعل بأن يطلقها قبل أن تطلق هي نفسها، وإذا وكل المدين الراهن شخصا بناءً على طلب الدائن المرتهن بأن يبيع المال المرهون ويوفي من ثمنه الدين إذا لم يتم وفاءه قبل الأجل، ليس له عزله كما لا يحق للوكيل أن يتنحى عن الوكالة إلا بإذن الدائن لأنه يضر بمصلحته.

التركة أو في جزء منها موقوفا في المقدار الذي يقابل الدين ما لم يتم وفاء الدين من التركة أو من مال الوارث أو من جهة أخرى إلا إذا كان التصرف بإذن الدائن الذي يكون أهلاً للتبرع.

٢- قاعدة ﴿لا مساغ للاجتهاد في مورد النص﴾، أي لا مساغ للاجتهاد في مورد نص يكون دلالته على الحكم قطعية، أما إذا كان ظني الدلالة بان يحتمل أكثر من معنى -أو حكم- واحد فانه يجب الاجتهاد لتحديد المعنى المراد من بين هذه المعاني المحتملة.

٣- قاعدة ﴿الجواز الشرعي ينافي الضمان﴾، فهي تقتضي تقدير لفظ - الأصلي -، فالجواز الشرعي الأصلي هو الذي ينافي الضمان، كمن حفر بئرا في حديقة داره أو في بستانه فوقع فيه شيء دون تقصير منه فلا ضمان عليه، لأن تصرفه كان مشروعا اصلا، بخلاف ما إذا كان الجواز الشرعي مبنيا على قيام عذر شرعي كجائع أكل مال الغير بدون إذنه لإنقاذ حياته فانه غير اثم، لكن يجب عليه الضمان، وكذلك السائق الذي يغير اتجاه سيارته فجأة عندما يجد إنساناً أمامه على الشارع العام - أو الطريق العام - فيؤدي ذلك إلى إتلاف مال للغير كهدم سياج - حائط - الحديقة، فانه أيضاً لا يسأل جنائيا لكن يجب عليه الضمان أخذاً بقاعدة ﴿الاضطرار لا يبطل حق الغير﴾.

المطلب الثالث

دلالة الإيماء وتطبيقاتها

من البديهيات أن لكل حكم شرعي - أو قانوني - لتصرفات الإنسان أو الوقائع سببا وعلة، وهي الغاية المادية أو المعنوية التي تترتب على تنفيذ الحكم والموجبة لتشريعه. فالسبب في كل قضية سابق في وجوده على حكمه كالسرقة للعقوبة والقتل للقصاص والإتلاف للتعويض. أما علة الحكم وهي الغاية المتوخاة في تشريعه فهي سابقة في التصور ولاحقة للحكم وتنفيذه في التحقق كحماية الدين في وجوب الجهاد، وحماية الأموال في وجوب عقوبة السرقات، وحماية الأرواح في وجوب القصاص وحماية الأعراض في وجوب عقوبات الزنا والقذف.

فسبب الحكم وعلته أمران مختلفان في الحقيقة والماهية لكنهما مرتبطان إلى حد التلازم، فكل منهما يكمل الاخر في الاهتمام بالحكم تشريعا وتطبيقاً وتنفيذا، وهذا التلازم هو الذي جعل بعض علماء الأصول أن يقعوا في الخلط بينهما، أو يقولوا السبب اعم مطلقا والعلة اخص مطلقا على أساس أن العقل إن ادرك المناسبة بين السبب والحكم فهو علة وسبب وإلا فسبب فقط، ويبنى على ما ذكرنا أن لكل حكم علة سواء ادركها العقل أم لم يدركها، وموضوعنا (دلالة الإيماء) يكون مجال تطبيقه هي النصوص التي تدل على علل أحكامها ضمنا، وعلة الحكم قد يدل عليها النص صراحة كما في قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾[1]، لكن الغالب المتداول في النصوص الشرعية والقانونية تكون دلالات النصوص

---

[1] سورة البقرة /١٧٩.

كان العرب قبل الإسلام يقولون في تعليل القصاص (القتل أنفى للقتل) وهو يقابل قوله تعالى (في القصاص حياة)، سورة البقرة/ ١٧٩. وكلام الله أبلغ منه من الأوجه الآتية:

١- أقل حروفا.

٢- فيه النص على علة الحكم صراحة وهي حماية الحياة.

٣- التنكير في لفظ حياة للتعظيم (أي حياة عظيمة).

٤- اطراده فالقاعدة مطردة لأن القصاص يكون دائما لغرض حماية أرواح الناس وسلامتهم، في حين أن القتل قد يكون ظلما فيؤدي إلى توسع رقعة العداء والمضاعفات فلا يكون أنفى للقتل.

على علل أحكامها ضمنية وعن طريق الإيماء.

أ- دلالة الإيماء في النصوص الشرعية :

١- قوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾[1]، يدل بمنطوقه الصريح على أن نصيب الذكر من البنين عند الاجتماع مع البنات والاخوة مع الاخوات - لغير الأم - ضعف ما للانثى من التركة، ويدل دلالة إيماء على أن علة هذا التمييز في الميراث هي حماية الحقوق ورعاية النسبة الطردية بين حقوق الشخص والتزاماته، فيستحق زيادة الحقوق كلما زادت التزاماته بنفس النسبة وإلا اختل ميزان العدالة. واذا كانت الدساتير الوضعية لدول العالم المتحضر تسعى إلى رعاية التوازن بين حقوق والتزامات المواطنين فان الدستور الإلهي أولى بهذه الرعاية، وقد قال تعالى ﴿وَكُلُّ شَيْءٍ عِندَهُ بِمِقْدَارٍ﴾[2]، فكل ذكر بالغ عاقل يجب عليه الجهاد في حالة تعرض دينه أو عرضه أو نفسه أو ماله للاعتداء، قال تعالى ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[3]، والأنثى غير مسؤولة عن هذا الواجب بحكم تكوينها الذاتي الذي لا يتحمل مشقة القتال، وعلى الزوج - دون الزوجة - نفقة الزوجة والأولاد، وعليه تكاليف ونفقات الزواج، وغير ذلك من الالتزامات التي لم يكلف بها جنس الانثى لا شرعاً ولا قانوناً.

٥- خلوه عن التكرار وقد تكرر لفظ (القتل) في (القتل أنفى للقتل).

٦- استغناؤه عن تقدير محذوف، بخلاف القول المذكور، فإن تقديره (القتل أنفى للقتل من تركه).

٧- الجمع بين المتضادين في الكلام وهما القصاص والحياة وهو من صنعة الطباق ومن مظاهر بلاغة الكلام.

٨- جعل تفويت الحياة ظرفا للحياة، وهذا أيضاً من باب بلاغة الكلام.

لمزيد من التفصيل راجع كتاب المطول في علم البلاغة للعلامة سعد الدين التفتازاني (رحمه الله)، ص٢٣٣ وما بعدها.

[1] سورة النساء/ ١١.

[2] سورة الرعد/ ٨.

[3] سورة البقرة/ ١٩٤.

٢- كذلك قول النبي ﷺ : (لا يقضي القاضي وهو غضبان)[١]، معلل بما يدهش العقل عن إتمام الفكر.

٣- قوله ﷺ : (لا يرث القاتل)، يدل بمنطوقه الصريح على أن من قتل مورثه يحرم من تركته، فلا يرث شيئا. ويدل دلالة إيماء على أن علة الحرمان من الميراث حماية أرواح الأبرياء لأن الوارث إذا علم أن قتله لمورثه يحرمه من تركته لا يقدم على ارتكاب هذه الجريمة غالباً.

٤- قوله ﷺ : (من غشنا فليس منا)[٢]، يدل بمنطوقه على تحريم الغش والتدليس ويدل دلالة إيماء على أن علة تحريم الغش هي حماية حقوق المستهلكين ومنع أكل أموال الناس بالباطل.

ب- دلالة الإيماء في النصوص القانونية:

١- م ٤٠٦ من قانون العقوبات العراقي تدل بمنطوقها الصريح على أن عقوبة جريمة القتل هي الاعدام إذا اقترنت بظرف من الظروف القانونية المشددة الواردة فيها. وتدل دلالة إيماء على أن علة الحكم خطورة المجرم على حياة المجتمع، وهذه الخطورة تؤخذ من الظرف المقترن بالقتل.

٢- م ٢٨٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي تدل بمنطوقها الصريح على انه ﴿إذا وجدت المرأة المحكوم عليها بالإعدام حاملاً فلا تنفذ العقوبة قبل وضع الحمل، وقبل مضي أربعة اشهر على تاريخ الولادة﴾.

وتدل دلالة إيماء على أن علة عدم جواز التنفيذ هي حماية الحمل من الموت الذي يلاقيه بسبب اعدام امه وهو رغم انه في بطنها وجزء منها إلا انه غير مشمول بهذه العقوبة لأنها شخصية لا تنصب إلا على شخص المجرم. وبناء على ذلك إذا ثبت بالطرق العلمية أن الطفل ميت في بطن امه أو غير موجود فان التنفيذ لا يؤجل بناء على أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

---

[١] أخرجه البيهقي، كتاب آداب القاضي ١٠/١٠٥ (والمراد بالغضب كل عرض يؤثر على تفكير القاضي وبالتالي إلى الحكم بغير عدل).

[٢] عن أبي هريرة ﷺ : (أن الرسول ﷺ مر على صبرة من طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا فقال: ما هذا يا صاحب الطعام؟، قال أصابته السماء يا رسول الله قال ﷺ : أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس مني)، رواه مسلم. سبل السلام ٣/٣٧.

وكذلك علة عدم التنفيذ قبل مضي أربعة اشهر على الولادة هي حماية سلامة الطفل الذي قد يتعرض للخطر إذا فقد امه مباشرة بعد الولادة، أو خلال الفترة المذكورة.

ومن الجدير بالإشارة أن الرسول ﷺ قد أمر بتأجيل تنفيذ إعدام الغامدية إلى ما بعد ولادة طفلها، والى أن تُرضعه سنتين كاملتين بعد ولادته. والإعدام كان لإرتكابها جريمة الزنا وهي متزوجة، لكن الرجم بقضاء الرسول ﷺ نُسخ بآية (**الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ**..الآية).

أهمية إدراك القاضي لعلة الحكوم

إدراك القاضي لعلة الحكم الوارد في النص الذي ينوي تطبيقه على القضية المرفوعة إليه له أهمية كبيرة لتحقيق العدالة، ولان يأخذ كل ذي حق حقه، ذلك لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، فإذا اقتنع بتحقق العلة طبق الحكم المنصوص عليه وإلا فلا، ومن تطبيقات دوران الحكم مع علته ما يلي:

١- كان امتناع الرسول ﷺ عن الأمر بالتسعير، وحكم فقهاء التابعين به كان تبعا لاختلاف العلة وجوداً وعدماً. عن انس ﷺ قال غلا السعر في المدينة على عهد رسول الله ﷺ فقال الناس يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا، فقال رسول الله ﷺ: (إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق ، وإني لأرجو أن ألقى ربي وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال)[1]، ورغم ذلك قد أفتى فقهاء التابعين بالتسعير، فعلة عدم إجازة الرسول ﷺ بالتسعير هي حماية حقوق التجار والباعة، لأن الغلاء لم يكن بسبب الاستغلال والجشع وأنما كان لقلة الإنتاج وعلى أساس قانون العرض والطلب، وحكم فقهاء التابعين بالتسعير علته كانت حماية حقوق المستهلكين بعد أن ظهر الاستغلال والجشع.

٢- قرر الخلفاء الراشدون إيقاف تطبيق صرف الزكاة للمؤلفة قلوبهم لتخلف العلة وهي حماية الدين ونشر الرسالة من شر هؤلاء، فبعد أن تقوى مركز الإسلام زال خطر هذا الشر ووقّفوا العمل بقوله تعالى (**وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ**)، ونرى عدم العمل بهذا القرار والرجوع إلى العمل بالقرآن لرجوع نفس الظروف في هذا الزمن.

٣- قرر الخلفاء الراشدون إيقاف تطبيق العقوبة في آية ﴿**وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا**

---

[1] سنن الترمذي ١٣١٤.

أَيْدِيَهُمَا ﴾[١]، في سنة المجاعة على الذين ارتكبوا السرقات لانقاذ ارواحهم من الموت، لأن كل من تعرض لخطر الموت بسبب الجوع لا يتردد من سرقة أموال الغير لحماية حياته رغم علمه بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة، ففي هذه الحالة الاضطرارية لا تتحقق علة الحكم وهي حماية أموال الناس، ثم أن العقوبة تحمي الأموال والسرقة تنقذ حياة المضطر، ورعاية حماية الحياة أولى من رعاية حماية المال.

ونستنتج من هذه التطبيقات وغيرها أن العقوبات التعزيرية التي يقررها ولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع أهل الشورى – أو أهل الحل والعقد أو البرلمان- لحماية الدين والنفس والعرض والمال والعقل، وغير ذلك من المصالح العامة الاخرى يجب تعديلها أو تبديلها إذا ثبت عدم جدوى هذه العقوبات في تحقيق عللها - الغايات المتوخاة من تشريعها-.

٤- في م ٢٨٧ المذكورة (لا يؤجل تنفيذ عقوبة المحكوم عليها الحامل إلى ما بعد وضع الحمل إذا ثبت بالطرق العلمية ثبوتاً قطعياً أن الجنين قد مات قبل ولادته. وكذلك لا يؤجل التنفيذ بعد الولادة إلى أن تمضي مدة أربعة اشهر على وضع الحمل إذا مات الطفل بعد الولادة مباشرة)، لأن الحكم - تاجيل التنفيذ - يدور مع علته - حماية حياة الطفل - وجوداً وعدماً[٢].

---

[١] سورة المائدة/ ٣٨.

[٢] لمزيد من التفصيل يراجع أصول الشاشي، ص٣٠.

المبحث الثاني
مفهوم النصوص

قسم علماء الأصول المفهوم إلى قسمين مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة، ولتميز كل منهما بعناصر وأحكام خاصة إضافة إلى ما لهما من الأهمية للقضاة وشراح القانون نوزع دراستهما على مطلبين.

المطلب الأول
مفهوم الموافقة

من الأمور البدهية التي لا تقبل النقاش، أو يجب ان لا تناقش ان النصوص سواء أكانت شرعية أم قانونية غير مقصودة لذاتها، وانما الغاية من تشريعها ما يحققه تطبيقها وتنفيذ أحكامها من المصالح التي تتمثل في تنظيم حياة الإنسان لجلب نفع له أو درء ضرر عنه.

ان هذه الغاية لا تتأتى دائماً من التمسك بحرفية النص، بل رُ بَّ تقيد بهذه الحرفية يحدث الخلل في التوازن بين الحقوق والالتزامات التي يرتبها النص على التصرفات والوقائع، وبالتالي يؤدي إلى ترجيح إحدى كفتي ميزان العدل على الاخرى لمصلحة احد الاطراف من ذوي العلاقة على حساب غيره، وهذا مما ياباه الدستور الإلهي - القرآن الكريم - الذي ربط في كثير من آياته بين النص والحكم والعدل والميزان والحق، ومنها قوله تعالى ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ﴾[1]، وقوله تعالى ﴿فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾[2]، وقوله تعالى ﴿فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى﴾[3]، وقوله تعالى ﴿اللَّهُ الَّذِي أَنزَلَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ وَالْمِيزَانَ﴾[4]، وقوله تعالى ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ

---

[1] سورة النساء/ ٥٨.

[2] سورة المائدة/ ٤٢.

[3] سورة ص/ ٢٦.

[4] سورة الشورى/ ١٧.

﴿وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾[١]، وغير ذلك من الايات الأخر التي تؤكد وجوب رعاية القاضي - أو الحاكم - احقاق الحق وتحقيق العدالة قبل ان يراعي حرفية النص والتمسك بمعناه الموضوع له وعليه ان يزن كل حكم بميزان العدل قبل ان ينطق به حتى يتحقق التوازن بين حقوق والتزامات كل من المحكوم عليه والمحكوم له.

وإضافة إلى ذلك فان القرآن بصفته دستوراً لم يتطرق للتفصيلات والأحكام الجزئية إلا قليلا، وانما ركز على الاسس العامة والقواعد الكلية لتطبق على كل مسألة جزئية تندرج تحتها مع رعاية الظروف والملابسات والخلفيات لكل جزئية، وهذه الرعاية التي تسمى في العلم الجنائي (التفريد) هي التي تساعد على تحقيق العدالة واعطاء كل ذي حق حقه. ويبنى على ما ذكرنا ان الفقيه - أو القاضي - كما يأخذ الحكم من عبارات والفاظ النصوص، وهذا ما يسمى (منطوق النص)، كذلك قد يستنبطه من روح النص ومغزاه، ومن العلة الموجبة لتشريعه، ويسمى عندئذ مفهوم النص. ومن الجدير بالذكر، ان مفهوم النص دائماً يكون اوسع من منطوقه لأنه يشمله ويشمل غيره من المسكوت عنه.

وعلى سبيل المثل

تحريم كنز الذهب أو الفضة في قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلاَ يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾[٢]، منطوق النص، وتحريم كنز كل عملة ورقية أو معدنية حلت محل الذهب والفضة في التعامل والتداول هو مفهوم النص، وتحريم الاكل بمعناه اللغوي في قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً﴾[٣]، منطوق النص، وتحريم كل اتلاف أخر لمال القاصر ظلما سواء أكان بالاحراق أم الاستهلاك أم غير ذلك مفهوم النص، وتحريم التأفيف في قوله تعالى ﴿فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ﴾[٤]، منطوق النص، وتحريم كل ايذاء أخر للوالدين أو احدهما باي قول أو فعل يشعر بالاهانة أو عدم الاحترام مفهوم النص. وهكذا كل نص أخر حكمه يكون معلولا لعلة يدركها له منطوق ومفهوم.

---

[١] سورة الحديد/ ٢٥.
[٢] سورة التوبة/ ٣٤.
[٣] سورة النساء/ ١٠.
[٤] سورة الاسراء/ ٢٣.

وهذان المصطلحان كما يطلقان على الحكم غالباً فقد يراد بهما محل الحكم كالذهب والفضة وكل عملة حلت محلهما في آية تحريم الكنز. وعلى الإطلاق الأول اذا كان كل من المنطوق والمفهوم من نوع واحد كالتحريم في الايات المذكورة يسمى المفهوم: (موافقة) أو (مفهوم موافقة) أو (مفهوم الموافقة)، كما يسمى (فحوى الخطاب) و(لحن الخطاب)[1]، و(دلالة النص)[2]، وعلى الإطلاق الثاني يسمى المحل المذكور في النص -كأكل مال اليتيم[3]- منطوقا به، والمحل غير المذكور -كإتلاف مال اليتيم- مسكوتاً عنه.

ومن النصوص القانونية الدالة على الأحكام بمنطوقها ومفهومها (م٢٣٧) من قانون العقوبات المصري: (من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن زنى بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في م ٢٣٤ و ٢٣٦). فهي تدل بمنطوقها على ان عقوبة هذا القاتل في حالة القتل تخفف من الاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو السجن إلى الحبس بسبب الظرف المخفف المقترن بالجريمة.

وتدل بمفهومها من باب اولى على تخفيف العقوبة في حالة الجرح أو الضرب المفضي إلى اصابة الزوجة المزني بها ومن زنا بها بعاهة مستديمة دون الموت. وأما م٤٠٩ من قانون العقوبات العراقي فانها قد نصت بمنطوقها الصريح على تخفيف العقوبة في الحالتين -حالة القتل وحالة الاصابة بالعاهة المستديمة.

---

[1] أي معناه كما في قوله تعالى ﴿وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ﴾محمد/٣٠. ويستعمل هذا المصطلح اذا كان موجب الحكم في كل من المنطوق به والمسكوت عنه متساوياً كالضرر في أكل مال اليتيم وفي اتلافه بطريقة اخرى.

[2] علماء الأصول من الحنفية يستعملون مصطلح دلالة النص بدلاً من مفهوم النص، كما يستعملون عبارة النص بدلا من منطوق النص. في أصول الشاشي، ص٣٠ (دلالة النص هي ما علم علة للحكم المنصوص عليه لغة لا اجتهادا ولا استنباطا، ففي قوله تعالى ﴿ فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ ﴾ الاسراء/ ٢٣. العالمُ باوضاع اللغة يفهم باول سماع تحريم التأفيف لرفع الاذى عنهما وحكم هذا النوع عموم الحكم المنصوص عليه لعموم علته، ولهذا المعنى قلنا بتحريم الضرب والشتم).

[3] أي في قوله تعالى ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً ﴾، سورة النساء/ ١٠.

تكييف دلالة المفهوم

اختلف علماء الأصول في تكييف دلالة النص بمفهومه على الحكم حسب التفصيل الاتي:

أ- قال بعضهم[١]: دلالة المفهوم دلالة عقلية قياسية على أساس ان الفقيه - أو القاضي - ما لم يدرك علة الحكم المشتركة بين المنطوق به والمسكوت عنه لا يستطيع إلحاق الثاني بالأول في الحكم ولا يعني القياس سوى ذلك وعلى هذا الرأي يعتبر عموم المفهوم عقلياً.

ب- وقال البعض: انها دلالة لفظية مجازية من قبيل ذكر الاخص وارادة الاعم[٢]. وعلى سبيل المثل ذكر الاكل في آية تحريم اكل أموال اليتامى ظلماً واريد به كل اتلاف لأموالهم بدون مبرر، والقرينة هي ان النص سيق لحماية حقوق القاصرين وهم لا يستطيعون ان يدافعوا عنها بأنفسهم، ولفظ (اف) في قوله تعالى ﴿ فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفّ ﴾ اريد به كل ايذاء مادي أو معنوي بقرينة وجوب احترام الوالدين فيعتبر مجازاً لغوياً عاماً.

جـ- وقال جماعة: انها دلالة لفظية حقيقية عرفية، فاهل العرف نقلوا محل (متعلّق) الحكم كالاكل في الآية المذكورة من معناه اللغوي الخاص إلى معنى عرفي عام وهو الاتلاف، وهجروا المعنى الأصلي اللغوي بحيث اصبح اللفظ حقيقة عرفية في المعنى الجديد العام واستعمله الشارع — أو المشرع — بهذا المعنى الجديد، فاصبح المعنى العرفي للذهب والفضة النقود، وللاكل الاتلاف وللتأفيف الايذاء.

د- وقال البعض دلالة لفظية انتقالية وينتقل الذهن من المنطوق إلى المفهوم بمجرد ادراك اللفظ وفهم المعنى المنطوق، فالاستعمال في الأول عقلي وفي الثاني مجازي وفي الثالث حقيقي وفي الرابع التزامي.

---

[١] في جمع الجوامع وشرحه ٢٤٢/١ (قال الشافعي وامام الحرمين والامام الرازي: الدلالة على مفهوم الموافقة قياسية، والعلة في المثال الأول ﴿ فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفّ ﴾ الايذاء، وفي المثال الثاني –آية تحريم أكل مال اليتيم– الاتلاف)، والمراد بالعلة هنا السبب المناسب وإلا فالعلة الحقيقية هي حماية كرامة الوالدين في المثال الأول وحماية مال اليتيم في الثاني.

[٢] لمزيد من التفصيل يراجع جمع الجوامع وشرحه ٢٤٣/١.

ثمرة الخلاف :

يرى الكثير من علماء الأصول ان هـذا الخلاف حقيقي، ورتبوا عليه بعض النتائج منها ان دلالة المفهوم اذا كانت قياسية لا تثبت بها الجرائم والعقوبات لا في الشريعة ولا في القانون وفقا لمبدأ: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص)، ويناقش هذا الكلام بانه مبني على أساس ان القياس دليل - مصدر منشيء- مع انه مصدر كاشف، فالجريمة أو العقوبة التي يصل اليها القاضي عن طريق القياس انما تثبت بالنص الخاص بحكم المقيس عليه لا بالقياس ذاته.[1]

وارى ان الخلاف لفظي (شكلي) ولا يترتب عليه اثر، فحكم المسكوت عنه يفهم من روح النص ومن مغزاه ومن ادراك الغاية الموجبة لتشريعه بغض النظر عن طبيعة الدلالة، هل هي قياسية أو لغوية أو عرفية أو التزامية ؟ وهل هي حقيقية أو مجازية؟ وفي اعتقادي ان العموم في المفهوم عقلي اذا لم يكن عرفياً.

---

[1] ومنها (ان المسكوت عنه يعتبر منطوقاً به على الرأيين الثاني والثالث لانه يدل عليه اللفظ سواء أكانت الدلالة مجازية أم حقيقية عرفية. وبناء على ذلك يعتبر حجة ملزمة بالنسبة لمن لا يعمل بالمفهوم كالظاهرية ويناقش هذا ايضاً بان الظاهرية لا يستطيعون ان يقولوا: التأفيف حرام والضرب حلال وأكل مال اليتيم حرام واحراقه مباح سواء أكانت الدلالة من باب المنطوق أم المفهوم).

المطلب الثاني

مفهوم المخالفة

ما سبق بيانه في المطلب السابق من مفهوم الموافقة كان عبارة عن حكم يستنبط من روح النص ومعقوله، وكان موافقاً دائماً مع المنطوق. أما مفهوم المخالفة فهو يختلف عن مفهوم الموافقة من وجهين:

أحدهما: مفهوم المخالفة مع منطوق النص حكمان متضادان لا يجتمعان تحت نوع واحد من أنواع الحكم الشرعي التكليفي أو الوضعي، فاذا كان احدهما جوازا فالاخر يكون حظرا وان كان احدهما صحة فالآخر يكون بطلانا، وهكذا. في حين ان المنطوق ومفهوم الموافقة يكونان من نوع واحد دائما كما ذكرنا في المطلب الأول.

وثانيهما: يختلفان في الأساس، فالاساس الذي يستقي منه مفهوم الموافقة هو روح النص ومغزاه ومعقوله. اما أساس مفهوم المخالفة فهو تخلف قيد معتبر في المنطوق، وهذا هو الجانب المهم المعني بالدراسة في هذا المطلب.

أساس مفهوم المخالفة

القيود التي ترد في عبارات النص وضمن جملها منها ما كان لمجرد الربط بين العبارات والجمل، ومنها ما يكون بمثابة الشرط لتطبيق الحكم - المنطوق - الذي يدل عليه النص بالفاظه بحيث اذا تحقق يطبق الحكم وإذا تخلف فان الحكم الواجب التطبيق هو نقيض المنطوق، أو على الاقل هو الحكم المخالف له.

وعلى سبيل المثل في قوله تعالى **﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾**[1]، قيد (**مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ**) معتبر في الحكم المنطوق وهو (**فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**)، فالمهر بعد الطلاق قبل الدخول يتشطر، نصفه يرجع للزوج لأنه لم يتمتع بالزوجة، وتستحق الزوجة النصف الآخر تعويضاً عن الضرر المعنوي الذي اصابها بسبب الطلاق، هذا هو منطوق النص، اما مفهومه المخالف فهو وجوب كل المهر المسمى اذا حصل الطلاق بعد الدخول.

---

[1] سورة البقرة /٢٣٧.

وكما في (م١٢٩/١) من المدني العراقي: (يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل، وعين تعييناً نافيا للجهالة والغرر).

وبمقتضى هذه المادة يكون جواز محل الالتزام معدوماً حين إنشاء العقد مقيداً بقيدين يجب توفرهما:

أحدهما: أن يكون هذا المحل ممكن الحصول في المستقبل.

وثانيهما: أن يعين تعيينا نافيا للجهالة والغرر.

وإذا تخلف القيدان أو أحدهما، يكون الحكم عدم الجواز وعدم الصحة، فالجواز والصحة منطوق النص، وعدم الجواز وعدم الصحة مفهوم مخالفة النص.

ونستطيع بعد هذه المقدمة ان نُعرِّف مفهوم المخالفة بانه: (حكم مخالف للمنطوق يستنبط من تخلف القيد الوارد في النص المعتبر في حكمه).

القيود المعتبرة في الحكم

لم أجد في المراجع الأصولية المعتمدة تحديداً متفقاً عليه لدى علماء الأصول والفقهاء للقيود التي من شأنها أن تكون معتبرة في الحكم المنطوق فهي تختلف فيها من حيث التعداد والاعتبار[١]. وفي اعتقادي لا يمكن تحديد أنواع القيود الواردة في النصوص المعتبرة في أحكامها بعدد محصور على أساس معيار يميز القيد المعتبر من غير المعتبر لسببين:

أحدهما: رجوع اعتبار وعدم اعتبار القيد إلى الشارع - أو المشرع - فهو ليس أمراً اجتهادياً راجعا إلى الفقيه - أو القاضي - ليتولى الآخر اعتباره أو عدمه. ثم القيد قد يكون معتبراً في ظرف وغير معتبر في ظرف آخر في ضوء مستلزمات التعامل ومتطلبات الحياة.

وثانيهما: مطاطية عناوين هذه القيود، فعلى سبيل المثل يمكن ادراج كثير من القيود تحت عنوان (الصفة أو الشرط)، وبصورة خاصة صرّح علماء الأصول كثيراً بأنه: (ليس المراد بالصفة النعت النحوي[٢]، وإنما كل حالة من الحالات المعتبرة قيداً للحكم، سواء أكانت نعتاً نحوياً أم حالاً أم تمييزاً أم ظرفاً أم نحو ذلك).

وعلى هذا الأساس اقتصرنا على أهم هذه القيود وهي أربعة أنواع: (الصفة والشرط

---

[١] لمزيد من التفصيل يراجع الامدي، الأحكام ٢١٢/٢.

[٢] في جمع الجوامع وشرحه ٢٤٩/١ (المراد بالصفة لفظ مقيد لاخر ليس بشرط ولا استثناء ولا غاية لا النعت فقط).

والغاية والعدد)، تاركين غيرها للقاضي الذي من وظيفته بذل الجهود للتمييز، بين ما هو معتبر في الحكم، وما ليس بمعتبر مستعيناً بالقرائن وسياق النصوص وطبيعة الأحكام.

أولا - الصفة

وهي كل حالة من الحالات التي يُمكن اعتبارها صفة مقيدة لمحل الحكم، ومعتبرة في الحكم من حيث تطبيقه عند توافر القيد، وتطبيق حكم مخالف له -أو نقيض له- عند تخلفه، ولأنه لو ثبت المنطوق مع انتفاء الصفة لعرى تعليقه عليها عن الفائدة.

فمن وكّل شخصاً ليشتري له سيارة من نوع سوبر، ومن صنع سنة ١٩٩٠ مثلاً، ومن ذات لون أحمر، واشترى له سيارة تخلفت فيها صفة من هذه الصفات، يكون العقد غير نافذ، فيتوقف على إجازة الموكل، لأن مفهوم مخالفة هذه الصفات عدم تخويل الوكيل بشراء سيارة موصوفة بصفات أخرى[١]. فعلى الوكيل دائما التقيد بالقيود الواردة في الوكالة الخاصة، وبالقيود المعتبرة في الوكالة العامة بمقتضى العرف السائد رغم عدم ذكرها، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

ومن النصوص الشرعية المتضمنة لصفة معتبرة في الحكم قوله تعالى ﴿إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾[٢]، فمنطوق النص: لاخت المتوفى نصف تركته ان لم يكن له ولد، وجملة (ليس له ولد)، صفة (امرؤ) مفهوم مخالفتها أنها لا ترث النصف إن كان له ولد، مع التفصيل الاتي:

أ- إن كان الولد ذكراً لا ترث الأخت شيئاً بإجماع فقهاء الشريعة.

ب- إن كان الولد أنثى، فقد اختلفوا في ميراث الأخت المجتمعة معها:

١- قال جمهورهم: إنها في حالة اجتماعها مع بنت المتوفى أو بنت ابنه تكون عصبة مع الغير لها الباقي بعد نصيب البنت أو ابنة الابن والوارثين الاخرين ان وجدوا، وفسّر الجمهور لفظ (ولد) بالذكر[٣].

---

[١] في التمهيد للاسنوي، ص ٢٥٩ (مفهوم الزمان والمكان حجة عند الشافعي والجمهور فاذا قال لوكيله – افعل هذا –، ثم قال – افعله في هذا اليوم– وأو قال –في هذا المكان– فقياس ما قاله الشافعي ان يكون منعا له فيما عدا ذلك).

[٢] سورة النساء/ ١٧٦.

[٣] وسندهم هو ما روي عن مزيل بن شرحبيل من انه قال (سئل ابو موسى عن ابنة وابنة ابن واخت فقال: للابنة النصف وللاخت النصف، وائت ابن مسعود. فسئل ابن مسعود، واخبر بقول ابى موسى فقال: لقد ضللت اذن وما انا من المهتدين اقض فيها بما قضى النبي ﷺ

٢- وقال ابن عباس[1] : (الاخت مع الولد ذكراً كان أم أنثى لا ترث شيئاً) لأن الولد في اللغة العربية يشمل الذكر والانثى، وبهذا الرأي اخذ فقهاء الجعفرية.

ومن النصوص القانونية المشتملة على صفة معتبرة في الحكم (م٦/٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي: (الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها).

فمنطوق النص هو وجوب الايفاء بالشروط التي تشترط ضمن عقد الزواج اذا كانت متصفة بصفة المشروعية. ومفهوم المخالفة هو عدم وجوب الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج في حالة كونها غير مشروعة.

ثانياً - الشرط

المراد بالشرط الذي يعتبر قيداً معتبراً في الحكم وله مفهوم المخالفة هو الشرط اللغوي اي كل جملة مصدرة باداة من ادوات الشرط مثل (إن) و (إذا)، فتعليق الامر - بل مطلق الحكم - على شرط يدل على انتفائه عند انتفاء الشرط وهو مختار أكثر المحققين.

ومن النصوص الشرعية المتضمنة لشرط معتبر في الحكم قوله تعالى ﴿ **فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ** ﴾[2]. فمنطوق النص هو جواز استئناف الحياة الزوجية بعد الطلاق (ان طلقها الزوج الثاني وانتهت عدتها منه) شريطة توافر ظن الزوجين بانهما يستطيعان ان يقيما حدود الله اي ان يقوم كل منهما بالتزاماته الزوجية، وباداء ما يجب عليه من الحقوق للزوج الآخر. ومفهوم مخالفة هذا الشرط هو عدم جواز اعادة العلاقة الزوجية اذا توقعا بانهما سيرجعان إلى الشقاق والخلاف وعدم التفاهم وبالتالي إلى اخلال كل منهما بالتزاماته

للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللاخت). وعن الاسود (ان معاذ بن جبل ورث اختاً وابنة جعل لكل واحد منهما النصف وهو باليمن، والنبي ﷺ يومئذ حي)، اخرجه البخاري، كتاب الفرائض، باب ميراث ابنة ابن مع ابنة، فتح الباري ١٢/١٧. وابو داود كتاب الفرائض ٣/١٢٠.

(1) في التبصرة لابي اسحاق الشيرازي، ص ٢١٩ (روي ان ابن عباس خالف الصحابة في توريث الأخت مع البنت، واحتج بقوله تعالى ﴿ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾سورة النساء/ ١٧٦. اي على اساس ان الولد يشمل الذكر والانثى).

(2) سورة البقرة/ ٢٣٠.

والخروج عن حدود الله.

ومن النصوص القانونية المشتملة على شرط معتبر في الحكم (م٢١٣/ج) من أصول المحاكمات الجزائية العراقي: (للمحكمة ان تاخذ بالاقرار وحده اذا اطمانت إليه ولم يثبت كذبه بدليل آخر). إن للقاضي أن يكتفي بالإقرار وحده من بين وسائل الإثبات والحكم بمقتضاه إذا إقتنع بصحته ولم يكن هناك دليل يعارضه ويكذبه. ومفهوم مخالفة هذا الشرط هو عدم جواز الاخذ بالاقرار وحده، وبالتالي عدم بناء الحكم عليه في حالة تخلفه بان لم يقتنع به أو كان الاقرار معارضاً بدليل يكذبه.

ثالثاً - الغاية

غاية الشيء نهايته، وسبق في بحث تخصيص العام ان الحروف الدالة على الغاية هي (حتى) و(إلى)، فالتقييد بالغاية يدل على مخالفة ما بعدها لما قبلها في الحكم.

ومن النصوص الشرعية التي تتضمن قيد الغاية المعتبر في الحكم قول الرسول ﷺ: (رُفِعَ القلمُ عن ثلاثةٍ: عن النائمِ حتى يستيقظَ، وعن الصبيِّ حتى يحتلمَ، وعن المجنونِ حتى يعقِلَ) [1]، منطوق النص ان المسؤولية الجنائية عن الاعمال غير المشروعة الصادرة عن الصبي أو النائم أو المجنون مرفوعة ما دام العذر - الجنون أو النوم أو الصغر - باقياً لان هذه الاعذار من موانع المسؤولية الجنائية دون المدنية وهم يسألون عن التعويض عن الضرر الناجم من تصرفاتهم غير المشروعة، لان التعويض مبني على أساس خطاب الوضع - ربط المسببات بأسبابها - والمسؤولية الجنائية من باب خطاب التكليف الذي من شروطه العقل والبلوغ والادراك. مفهوم مخالفة الغاية ان المسؤولية تقوم اذا وقع الفعل الجنائي بعد زوال العذر بان صدر حين البلوغ واليقظة والافاقة.

ومن النصوص القانونية الدالة على مفهوم الغاية (م١٦٠/أ) من أصول المحاكمات الجزائية العراقي: (اذا كان الفصل في الدعوى الجزائية يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى جزائية اخرى فيجب وقف الفصل في الأولى حتى يتم الفصل في الثانية)، مفهوم المخالفة هو عدم جواز وقف الفصل في الأولى بعد اكمال الفصل في الثانية، اي ما لم يكن هناك مانع آخر.

---

[1] سنن أبي داود ٤٤٠٣.

و(م١٥٤/ب) من أصول المحاكمات: (تقبل محكمة التمييز اللوائح المقدمة من المتهم وذوي العلاقة إلى ما قبل اصدار قرارها في الدعوى)، مفهوم مخالفة الغاية (إلى ما قبل اصدار قرارها) عدم قبول تلك اللوائح اذا قدمت بعد صدور القرار.

رابعاً - العدد

اذا حدد الحكم في النص بعدد معين فان مفهوم مخالفة هذا العدد هو عدم تطبيق الحكم فيما عداه من عدد اكثر أو اقل.

ومن النصوص الشرعية قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾[1]، وقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾[2]، فالمنطوق هو عقوبة الزنا محددة بمائة جلدة، وعقوبة القذف محصورة في ثمانين جلدة، ومفهوم مخالفة هذين العددين هو عدم جواز تعديل أو تبديل العقوبة في كلتا الجريمتين بعدد اكثر عند وجود ظرف مشدد أو أقل عند قيام ظرف مخفف، ومن الجدير بالاشارة ان من خصائص عقوبات الحدود عدم قبولها للتخفيف والتشديد والصلح والعفو من ولي الامر - رئيس الدولة- أو من صاحب العلاقة أو من غيرهما.

ومن النصوص القانونية (م٢٤٣/أ) من أصول المحاكمات الجزائية: (يبلغ المحكوم عليه بالحكم الصادر عليه طبقاً لما هو منصوص عليه في م١٤٣ فإذا إنقضى ثلاثون يوماً على تبليغه بالحكم الصادر في المخالفة وثلاثة اشهر على تبليغه بالحكم الصادر في الجنحة وستة اشهر في الجناية دون ان يقدم نفسه إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو إلى اي مركز شرطة، ودون ان يعترض عليه خلال المدة المذكورة أصبح الحكم بالادانة والعقوبات الأصلية والفرعية بمنزلة الحكم الوجاهي[3])، مفهوم مخالفة المدة المذكورة في هذا النص انه اذا قام المحكوم عليه بتقديم نفسه إلى محكمة الموضوع أو إلى مركز الشرطة أو اعترض على الحكم خلال المدة المحددة،لا يعتبر الحكم بمثابة الحكم الوجاهي.

---

[1] سورة النور / ٢.

[2] سورة النور/ ٤.

[3] أي وجهاً لوجه بأن يكون المتهم حاضراً أمام القضاء ولا يكون غائباً حين إصدار الحكم عليه.

شروط العمل بمفهوم المخالفة

يشترط للعمل بمفهوم المخالفة بمقتضى القيد الوارد في النص ان لا تكون لهذا القيد فائدة اخرى غير اعتباره بمثابة الشرط لتطبيق الحكم المنطوق، بحيث انه يطبق اذا تحقق هذا القيد. ويطبق مفهومه المخالف بشروط أهمها ما يلي:

١- ان لا يكون المسكوت عنه اولى بالحكم من المنطوق به، وإن لا يكون هناك مجال لتطبيق مفهوم المخالفة بل يكون حكم المسكوت عنه مفهوم موافقة من باب أولى. وعلى سبيل المثل في (م١١٠٧) من القانون المدني العراقي: (١-لدائني التركة العاديين وللموصى لهم ان يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت الورثة ملكيتها للغير أو رتبت عليها حقوقاً عينية. ٢-ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين، فإذا انقضت هذه المدة نفذ تصرف الورثة في التركة قبلهم، الا إذا كان التصرف قد صدر تواطؤاً مع الغير للاضرار بهم)، صفة (العاديين) ليس لها مفهوم المخالفة لان للدائن غير العادي حق هذا التتبع والملاحقة من باب اولى كالدائن المرتهن اذا باع الورثة المرهون بعد وفاة المدين الراهن، وكدائني الديون الممتازة المتعلقة بالتركة كدين الدولة، ونفقة الزوجة الواجبة على الزوج اذا تراكمت في ذمته حال حياته.

٢- ان لا يكون القيد بيانا للواقع، كما في قوله تعالى **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ الرِّبَا أَضْعَافاً مُّضَاعَفَةً﴾**[1]، فقيد (**أَضْعَافاً مُّضَاعَفَةً**) ليس له مفهوم المخالفة، ولا يدل على اباحة الربا اذا لم يكن اضعافاً مضاعفة لأنه لبيان الواقع الذي كان عليه المجتمع انذاك،ولقوله تعالى **﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لاَ تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُونَ﴾**[2].

٣- ألا يكون القيد قد خُرِّج مخرج الاغلب المعتاد، كقيد (اللاتي في حجوركم) في قوله تعالى **﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾**[3]، فانه ليس له مفهوم المخالفة فقال جميع الفقهاء وعلماء الأصول-باستثناء الظاهرية-: ليس لهذا القيد مفهوم المخالفة لأمرين:

---

[1] سورة آل عمران/١٣٠.

[2] سورة البقرة/٢٧٩.

[3] سورة النساء/ ٢٣.

أولهما انه مبني على الغالب المعتاد وهو انتقال البنت من زوج سابق مع والدتها إلى بيت الزوج الجديد اذا تزوجت امها بعد الطلاق أو وفاة الأول.

وثانيهما قوله تعالى ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[١] نص صريح على ان القيد الوحيد المعتبر في الحكم هو قوله تعالى ﴿ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾[٢]، فمناط التحريم هو الدخول يدور معه وجوداً وعدماً[٣].

٤- ان لا يتعارض مفهوم المخالفة مع المنطوق الصريح لدليل أخر، كما في قوله تعالى ﴿وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ ﴾[٤]، اي حرمت عليكم تحريماً مؤبداً زوجات ابنائكم من النسب، وهذا القيد (مِنْ أَصْلاَبِكُمْ)، ليس له مفهوم المخالفة، فكما ان زوجات ابناء النسب يحرم على والدهم تزوجهن بعد الطلاق أو وفاة الابن قبل الدخول أو بعده، كذلك الحكم بالنسبة لزوجات ابناء الرضاع لقول الرسول: (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)[٥].

والحاصل يشترط ان لا يظهر للقيد فائدة غير نفي الحكم، وإلا فلا يدل على النفي[٦].

حجية مفهوم المخالفة [٧]

اختلف الفقهاء وعلماء الأصول في حجية مفهوم المخالفة وبالتالي في التزام الفقيه (أو القاضي) بالعمل بموجبه:

أ- قال جمهورهم انه حجة اي على الفقيه أو القاضي الاخذ بمنطوق النص في حالة تحقق القيد الوارد في النص، واما في حال تخلفه فيجب الاخذ بمفهوم المخالفة (الحكم المخالف للمنطوق)، واستندوا إلى ادلة منها:

---

[١] سورة النساء/٢٣.
[٢] سورة النساء/٢٣.
[٣] جمع الجوامع وشرحه ٢٤٦/١.
[٤] سورة النساء/ ٢٣.
[٥] اخرجه الامام احمد في مسنده ١٠٢/٦.
[٦] قواعد العلائي ١٢١/١.
[٧] للاطلاع على الادلة النقلية والعقلية على حجية مفهوم المخالفة راجع الأحكام في أصول الأحكام للامدي ٢١٥/٢-٢٢٠.

١- المتبادر إلى الذهن من اساليب العرب وعرفهم في استعمال العبارات والجمل ان تقييد الحكم بشرط أو وصف أو تحديده بغاية أو عدد هو ثبوت الحكم لمحله كلما توافر هذا القيد معه وانتفاؤه حيث انتفى القيد.

٢- اذا اقر الشارع - أو المشرع - قيداً في النص ولم يكن له مفهوم المخالفة أو فائدة أخرى محددة يكون عبثاً، والنصوص الشرعية منزهة عن العبث، والمفروض ان النصوص القانونية ايضاً بعيدة عن الحشو والعبث.

ب- وقال البعض - ومنهم الحنفية - (ان النص الشرعي - وكذا القانوني - الدال على حكم واقعة أو تصرف اذا قيد بوصف أو شرط أو غيرهما من القيود الاخرى لا يكون حجة إلا على حكمه في المحل الذي ورد فيه، واما المحل الذي لا يتوافر فيه هذا القيد فليس للنص شان فيه بل يكون ساكتاً عن بيان حكمه، فعلى المجتهد - أو القاضي - ان يفتش عن ادلة اخرى للوصول إلى حكمه)، ومن هذه الادلة استصحاب الإباحة الأصلية واستدلوا بأدلة منها:

١- ليس مطرداً في الاساليب العربية ان تقييد الحكم بقيد كالوصف والشرط أو غيرهما يدل على ثبوت الحكم حيث يوجد القيد وعلى نفيه حيث ينتفي.

٢- ان كثيرا من النصوص الشرعية - وكذا القانونية - المتضمنة للأحكام والمشتملة على القيود تطبق أحكامها رغم تخلف القيود.

تقويم الخلاف

من وجهة نظري ان هذا الخلاف لفظي - شكلي - مبني على الاختلاف في كون القيد معتبراً من الشارع -أو المشرع- في الحكم أو ليس بمعتبر، فلا احد من الفقهاء وعلماء الأصول قال بان من تزوج امراة ودخل بها ثم طلقها أو توفيت يجوز له ان يتزوج بنتها من زوجها السابق لان الكل متفقون على ان قيد (**اللاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ**) معتبر في هذا الحكم - تحريم زواج البنت بعد الدخول بامها-.

وكذلك لا يوجد أحد يعتد بقوله يرى حل الربا اذا لم يكن اضعافاً مضاعفة لاجماع الكل على ان قيد (**أَضْعَافاً مُّضَاعَفَةً**) غير معتبر في الحكم في قوله تعالى ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ الرِّبَا أَضْعَافاً مُّضَاعَفَةً** ﴾[1].

---

[1] سورة آل عمران/ ١٣٠

ولكن حين اختلفوا في اعتبار وعدم اعتبار قيد (وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ) في قوله تعالى ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[1] اختلفوا في نفقة المعتدة اذا كان الطلاق بائناً والمطلقة غير حامل:

أ- فقال الحنفية ومن وافقهم: (الشرط الوارد في الآية ليس قيدا معتبرا في الحكم لذا تجب النفقة لمعتدة الطلاق سواء أكان الطلاق رجعياً أم بائناً، وسواء أكانت المطلقة حاملاً أم حائلاً، لان سبب وجوب النفقة هو حبسها وعدم تمكنها من الزواج [2]، وهذا السبب يستمر إلى انتهاء العدة فلها النفقة اثناء عدتها إلى نهايتها).

وقالوا: (ان الآية اتت لتؤكد وجوب نفقة الحامل لان عدتها تكون غالباً اطول من عدة غير الحامل، ولان احتباسها يستمر إلى ان تضع حملها). وسبق بيان ان المشرع العراقي قد اخذ بهذا الرأي[3].

ب- وقال الجمهور: (اذا كان الطلاق بائناً، ليس للمطلقة النفقة خلال فترة العدة اذا لم تكن حاملاً، اخذاً بمفهوم مخالفة الشرط ﴿ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ ﴾[4]، ولان العلاقة الزوجية تنقطع بمجرد الطلاق اذا كان بائناً، وهذه العلاقة هي السبب لوجوب النفقة فيزول المسبب اذا زال سببه).

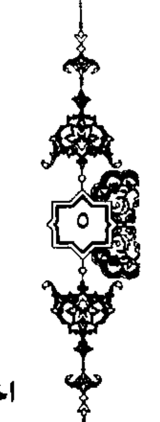
---

[1] سورة الطلاق /٦.

[2] في بدائع الصنائع للكاساني٥٠/٢١٩٧ (سبب وجوب نفقة الزوجات اختلف العلماء فيه، قال اصحابنا -اي الحنفية- سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها)، وقال الشافعي (السبب هو الزوجية وهو كونها زوجة له)، وبنوا على هذا الخلاف اختلافهم في وجوب نفقة المعتدة المطلقة طلاقا بائنا. فقال الحنفية ومن معهم بوجوب النفقة حتى تنتهي العدة لوجود السبب وهو الحبس وقال الشافعية ومن نحا نحوهم بعدم النفقة لإنقطاع السبب وهو الزوجية.

[3] في م ٥٠ من قانون الأحوال الشخصية النافذ.

[4] سورة الطلاق/ ٦.

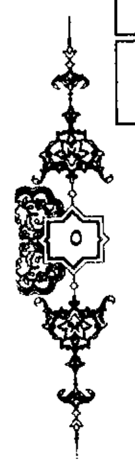


الفصل الخامس
دلالات النصوص وضوحاً وخفاءً

اختلف علماء الاصول في تقسيم النصوص باعتبار وضوح دلالتها وخفائها، فمنهم من قسم كلا من واضح الدلالة وخفي الدلالة إلى اربعة اقسام، وتزعم هذا الاتجاه الاصوليون من الحنفية[1]. ومنهم من سلك منهج التقسيم الثنائي، وتبنى هذا النهج الاصوليون من المتكلمين[2].

اللفظ من حيث الوضوح وعدمه

- **التقسيم الثنائي**
  - **واضح**
    - النص
    - الظاهر
  - **غير الواضح**
    - المجمل
    - المتشابه
- **التقسيم الرباعي**
  - **الواضح**
    - الظاهر
    - النص
    - المفسر
    - المحكم
  - **غير الواضح**
    - الخفي
    - المشكل
    - المجمل
    - المتشابه



---

[1] لمزيد من التفصيل يراجع اصول البزدوي مع كشف الاسرار ٤٦/١ وما بعدها.
اصول السرخسي ١٦١/١ وما بعدها المعتمد ٣١٧/١ وما بعدها.
شرح العضد على مختصر المنتهى ٣٠٢/٢.

[2] لمزيد من التفصيل يراجع المحصول للرازي ج١ ق ٣ ص٢٢٦ وما بعدها.
البرهان لامام الحرمين ٥١١/١ ومابعدها.
جمع الجوامع ٣٤/٢ وما بعدها.

التقسيم الرباعي:

أ- حسب تسلسله الصعودي في الوضوح والثبات:

ينقسم واضح الدلالة حسب تسلسله الصعودي في الوضوح والثبات إلى: الظاهر، والنص، والمفسر، والمحكم[١]:

١- الظاهر:[٢]

هو لفظ -أو كلام- يعرف المراد به من صيغته فيدل على حكم غير مقصود بالذات دلالة واضحة مع قبوله للتأويل والتخصيص والنسخ[٣]. كقوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾[٤]، فهو ظاهر في حل كل بيع وتحريم كل ربا رغم انه جاء لنفي المماثلة بينهما ردا على المشركين القائلين بعدم التفرقة بينهما لقوله تعالى ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾[٥].

حكمه: حكم الظاهر هو العمل بمقتضاه ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

٢- النص[٦]:

هو لفظ (أو كلام) يكون اكثر وضوحاً من الظاهر في الدلالة على المراد بسبب انه سيق اصالة لهذا المراد، مع قبوله للتأويل والتخصيص والنسخ كقوله تعالى ﴿

---

[١] وجه الحصر: ان واضح الدلالة اما ان يحتمل التأويل أو التخصيص أو لا فان احتمل وكان الوضوح لمجرد صيغته ولم يسق له اصالة فهو ظاهر، وان سيق له اصالة فهو نص وان لم يحتمل التأويل ولا التخصيص وكان قابلا للنسخ (الالغاء) فهو مفسر وان لم يقبل النسخ فهو محكم.

[٢] فهو مشتق من الظهور وهو الوضوح والانكشاف، وتعريفه هو اللفظ الذي انكشف معناه واتضح للسامع من اهل اللسان بمجرد السماع.

[٣] واستعمال تعبير النسخ في تعريفاتي اتباع وتقليد لعلماء اصول الفقه وإلا فهو غير وارد مطلقاً بعد وفاة الرسول ﷺ ﴿لا في القرآن ولا في غير القرآن ولا قبل وفاته بالنسبة للقرآن﴾ ولكنه وارد بالنسبة للنصوص القانونية لان النسخ في الشريعة يرادف الالغاء في القانون.

[٤] سورة البقرة/ ٢٧٥.

[٥] سورة البقرة /٢٧٥.

[٦] فهو الظاهر الذي سيق له الكلام الذي اريد بالاسماع.

فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ ﴾[١]، فهو ظاهر في اباحة اصل الزواج ونص في تحديد الحد الاعلى لعدد الزوجات لأنه شرع لهذا المراد.

حكمه: هو وجوب العمل بمقتضاه[٢].

٣- المفسر:

هو ما ازداد وضوحاً على النص لعدم احتماله للتخصيص اذا كان عاماً والتاويل اذا كان خاصاً بسبب تفسير الشارع أو المشرع له. كقوله تعالى ﴿ **إِنَّ الْإِنسَانَ خُلِقَ هَلُوعاً إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعاً وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعاً** ﴾[٣]. وقد فسر الله في هذا الآية الكريمة معنى الهلوع بانه من اذا اصابه الفقر والحاجة أو المرض أو نحو ذلك فهو كثير الجزع، واذا اصابه الخير من الغنى والمركز والسعة ونحو ذلك فهو كثير المنع والامساك.

حكمه : وجوب العمل بمقتضاه بصورة قطعية لأن دلالته على الحكم قطعية.

٤- المحكم:

وهو ما ازداد قوة في الوضوح والثبات على المفسر، بان لا يقبل النسخ -الالغاء- اضافة إلى عدم قبوله للتخصيص والتأويل من باب اولى لكون الحكم من ضروريات الحياة كما في قوله تعالى ﴿ وَلا تَقْتُلوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾[٤].

حكمه: وجوب العمل بمقتضاه بصورة قطعية لأن دلالته على الحكم قطعية.

ب ـ حسب تسلسله الصعودي في الخفاء والابهام:

وينقسم غير واضح الدلالة حسب تسلسله الصعودي في الخفاء والابهام إلى:

الخفي، والمشكل، والمجمل، والمتشابه [٥] :

---

[١] سورة النساء /٣.

[٢] رغم احتماله للتاويل ان كان خاصاً، والتخصيص ان كان عاما، وجواز حمله على المعنى المجازي عند وجود قرينة.

[٣] سورة المعارج /١٩-٢١.

[٤] سورة الاسراء /٣٣.

[٥] وجه الحصر ان غير واضح الدلالة: خفاؤه اما لنفس الصيغة أو لعارض خارجي فالثاني يسمى خفيا، والأول ان ادرك العقل بالتامل والاجتهاد معناه المراد فهو مشكل وان لم يدركه الا بالتفسير التشريعي فهو مجمل، وإن لم يدركه أصلا فهو متشابه.

١- الخفي:

هو لفظ - أو كلام - استتر معناه المراد بالنسبة لبعض افراده لا لصيغته بل لعارض كخفاء شمول السارق النباش الذي يسرق الأموال المدفونة مع الميت، والطرار الذي يسرق ويشق الجيوب رغم يقظة اصحابها فهذه التسمية الخاصة هي التي سببت في هذا الشمول الخفاء.

حكمه : وجوب الاجتهاد والنظر لازالة خفائه.

٢- المشكل:

هو لفظ - أو كلام - يحتمل اكثر من معنى واحد لا يوجد ما يدل على تحديد واحد من هذه المعاني كالمشترك.

حكمه : وجوب الاجتهاد والنظر لتحديد المعنى المراد من معانيه.

٣- المجمل:

لفظ نقله الشارع - أو المشرع - من معناه اللغوي إلى معنى جديد واستعمله في النصوص فيكون خفياً في هذا المعنى الاصطلاحي اذا لم يبين. كالصلاة نقلت من معناها اللغوي وهو الدعاء إلى معناها المعروف الشرعي.

حكمه : التوقف عن العمل به عند انصار هذا التقسيم الرباعي حتى يتبين بالتفسير الشرعي.

٤- المتشابه:

هو ما لا يعرف المراد به الا ممن شرعه كما في حروف فواتح بعض سور القرآن الكريم مثل(ص) في قوله تعالى **﴿ص وَالْقُرْآنِ ذِي الذِّكْرِ﴾** [1]، و(ق) في قوله تعالى **﴿ق وَالْقُرْآنِ الْمَجِيدِ﴾**[2]. ومثل (الم) في قوله تعالى **﴿الم ذَلِكَ الْكِتَابُ لاَ رَيْبَ فِيهِ هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ﴾**[3]، ومثل (سر الليل) في الجيش والجفرة وقت الحرب.

---

[1] سورة ص/١.

[2] سورة ق / ١.

[3] سورة البقرة / ١.

ومن الجدير بالذكر ان المتشابه لا وجود له في نصوص الأحكام التكليفية، لأن من شروط التكليف علم المكلف بما يكلف به [١].

حكمه : التوقف عن العمل به وعدم محاولة فهم المراد منه بالاجتهاد لعدم إمكان وصول الإنسان إلى هذا المراد عن طريق الاجتهاد.

التقسيم الثنائي:

أ- واضح الدلالة:

ينقسم إلى النص والظاهر [٢] :

١- النص:

هو الذي لا يحتمل اكثر من معنى (حكم) واحد كدلالة قوله تعالى ﴿ **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ**﴾[٣] على عقوبة الزنا التي حددت بمائة جلدة والمراد بالنص ما يقابل الظاهر لا ما قابل الاجماع والقياس لأنه بالمعنى الثاني من القرآن والسنة ودلالته قد تكون قطعية وقد تكون ظنية.

حكمه: وجوب العمل بمقتضاه ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. والنص بهذا المعنى هو المراد بقاعدة (لا مساغ للإجتهاد في مورد النص) [٤].

٢- الظاهر:

هو لفظ (أو كلام) يدل على معنى راجح مع احتماله لمعنى آخر مرجوح، فهو بإعتبار المعنى الراجح ظاهر، وباعتبار معناه المرجوح مؤول كقوله تعالى ﴿**وَلاَ تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم**﴾[٥]، فالنكاح ظاهر في عقد الزواج ويحتمل المعاشرة الجنسية على أساس

---

[١] وهذه الاربعة اضداد للأربعة السابقة فالخفي ضد الظاهر والمشكل ضد النص، والمجمل ضد المفسر، والمتشابه ضد المحكم وعلى سبيل المثل قوله تعالى﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ المائدة/ ٣٨. ظاهر في حق السارق خفي بالنسبة للطرار والنباش وقوله تعالى﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي ﴾ النور/ ٢. ظاهر في حق الزاني وخفي بالنسبة إلى اللواط.

[٢] وجه الحصر ان اللفظ ان لم يحتمل اكثر من معنى (حكم) واحد فهو نص والا فهو ظاهر.

[٣] سورة النور/ ٢.

[٤] المادة (٢) من القانون المدني العراقي النافذ.

[٥] سورة النساء/ ٢٢.

انه حقيقة في المعنى الأول ومجاز في الثاني وقال البعض بالعكس وقال الآخرون مشترك بينهما وبنوا على ذلك ثبوت المصاهرة بالزنا.

حكمه: هو العمل بمقتضى معناه الراجح ما لم تقم قرينة على ارادة المعنى المرجوح.

ب- غير واضح الدلالة:

ينقسم إلى المجمل والمتشابه [١]:

١- المجمل:

وهو ما لم تتضح دلالته[٢] فيشمل الخفي والمجمل والمشكل في التقسيم الرباعي.

٢- المتشابه:

هو نفس المتشابه في التقسيم الرباعي من حيث المضمون والحكم.

التوفيق بين مسلك المتكلمين والحنفية:

المسلك المفيد في دراسة وضوح وخفاء الدلالات هو التقسيم الثلاثي الذي استنتجته من الاقسام المذكورة لواضح الدلالة وخفيها وهو التقسيم باعتبار الوضوح والخفاء إلى الدلالة القطعية والظنية والغامضة وذلك للأسباب الاتية:

١- انه تقسيم علمي فهو اقرب إلى الواقع العملي، واكثر انسجاماً مع التطبيقات الفقهية والقضائية.

٢- انه يشمل جميع أقسام التقسيم الرباعي والثنائي رغم اختصاره وفيه المحاولة للتقريب بينهما وجمع محصلتهما تحت عنوان واحد.

٣- انه أوضح فهماً واسهل استيعاباً وبصورة خاصة بالنسبة للقانونيين.

ولهذه الأسباب وغيرها افردت دراسة كل من الدلالة القطعية والظنية والغامضة بمبحث مستقل لزيادة الايضاح والفائدة.

---

[١] وجه الحصر ان اللفظ غير واضح الدلالة ان امكن الوصول إلى معناه المراد بالاجتهاد أو بالتفسير التشريعي فهو مجمل والا فمتشابه.

[٢] مختصر المنتهى لابن الحاجب وشرحه للعضد ٢/٢٨٧

المبحث الأول

الدلالة القطعية

قسم علماء الشريعة الإسلامية الأحكام الكلية الأصلية والفرعية باعتبار الادلة التي تثبت بها إلى اقسام ثلاثة وهي:

١- **احكام لا يمكن اثباتها الا بدليل عقلي قطعي:** كوجوب الايمان بوجود الله عز وجل، وتصديق الانبياء والرسل فيما بلغوا الناس بها من الرسالات الالهية، فهذه الأحكام لا تثبت بالدليل النقلي من غير دليل عقلي لأن الادلة النقلية هي نصوص الشارع فهي لا تثبت للإنسان الا بعد ايمانه بالله وبالرسل، فلو ثبت الايمان بهما بتلك النصوص للزمت الاستحالة المنطقية لأن ذلك يستلزم توقف الشيء على نفسه، وتوقف الشيء على نفسه يستلزم تقدم الشيء على نفسه، واللازم باطل مستحيل فكذلك الملزوم، وقد سبق بيان ذلك في محله. ورغم ذلك فان الشارع هو الذي ارشدنا إلى الاستدلال على هذه الأحكام بالعقل بالايات التي دعانا فيها إلى النظر في انفسنا وفي الافاق وإلى التفكر في خلق السماوات والارض واختلاف الليل والنهار.

٢- **احكام لاتثبت الا بالادلة النقلية:** كالاحكام الاعتقادية المتعلقة بالمغيبات من الجنة والنار، ومحاسبة الإنسان امام الله ونيل الثواب على الخير واصابة العقاب على الشر في الاخرة كما قال سبحانه وتعالى ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرّاً يَرَهُ﴾[1]، وكالاحكام العملية المتعلقة بالعبادات التي كلف بها الإنسان في حياته والتي جعلت وسيلة لتهذيب سلوكه وتعديل سريرته حتى يصبح عضواً صالحاً في مجتمعه يجلب الخير ويستبعد الشر.

٣- **احكام تثبت بالنقل والعقل:** وهي ما عدا القسمين السابقين من الأحكام التي تنظم حياة الإنسان.

وأدلة القسم الثاني والثالث من حيث الثبوت والدلالة قد تكون قطعية وقد تكون ظنية، فالشقوقات المتصورة أربعة وهي:

---

[1] سورة الزلزلة /٧-٨.

١- **قطعي الثبوت وقطعي الدلالة:** كنص ثابت بالتواتر يكون دالاً على معنى - حكم - لا يحتمل غيره مثل قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾، وقوله تعالى ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾ وغيرهما من الايات القرآنية التي لاتحتمل كل واحدة منها اكثر من حكم واحد.

٢- **ظني الثبوت وظني الدلالة:** كحديث الاحاد الدال على اكثر من معنى (حكم واحد) مثل قول الرسولﷺ : (اذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه)[١] هذا الحديث الشريف ثبوته ظني لأنه لم يصل الينا عن طريق التواتر فهو من احاديث الاحاد، وظني الدلالة على تحديد نوع المبيع الذي لا يجوز بيعه قبل قبضه حيث اختلف الفقهاء في مدلول الشيء، فمنهم من قال: لفظ (شيئاً) في هذا الحديث يشمل الطعام وغير الطعام من المنقولات والعقارات لأنه مطلق فيجب الاخذ باطلاقه ما لم يثبت تقييده. أو لأنه عام لكونه نكرة في حيز الشرط فيؤخذ بعمومه، وذهب البعض إلى ان المراد به هو الطعام فقط بدليل ما رواه أبو هريرة ﷺ عن الرسول ﷺ من انه قال: (من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكتاله) وفي رواية اخرى: (حتى يستوفيه ويقبضه)[٢] أي الا بعد افرازه[٣] ومفهوم مخالفة الطعام هو ان غيره بخلافه.

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) ومن حذا حذوه: (ان المراد به هو المنقول من الطعام وغيره ولا يشمل العقار بدليل ما رواه زيد بن ثابت من ان النبي ﷺ نهى ان تباع السلعة حيث تبتاع (تشترى) حتى يحرزها التجار إلى رحالهم)[٤].

وقال ابن عباس ﷺ في تفسير قول الرسول ﷺ: (من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه) : لا احسب كل شيء الا مثله[٥]. ولظنية دلالة الحديث المذكور على المعنى المراد من لفظ (شيئاً) حصل هذا الخلاف فمنهم من قال يشمل كل شيء، ومنهم من قال يشمل المنقول دون العقار، ومنهم من ذهب إلى ان المراد به هو الطعام فقط، لأنه سريع التلف.

---

[١] اخرجه الامام احمد في مسنده ٣/٤٠٣.

[٢] البخاري، هامش الفتح ٤/٢٣٩.

[٣] لأن ملكية الاموال المثلية لا تنتقل بمجرد العقد بل بالافراز بعده.

[٤] اخرجه الامام احمد في مسنده ٥/١٥١، وابو داود، كتاب البيوع ٣/٢٨٠.

[٥] المرجع السابق.

٣- **قطعي الثبوت وظني الدلالة:** كما في قوله تعالى ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾[١] فهذه الآية الكريمة قطعية من حيث الثبوت لانها كبقية الايات وصلت الينا عن طريق التواتر ولكنها ظنية في الدلالة على العدد المراد من الاخوة الذي يحوّل الام من اوفر حظيها (الثلث) إلى (السدس)، فهل هو ثلاثة فما فوق كما يقول ابن عباس رضي الله عنه لأن اقل الجمع ثلاثة،أو اثنان من الذكور أو الاناث أو الذكور والاناث كما هو رأي جمهور الفقهاء لأن اقل الجمع اثنان، أو إثنان من الذكور أو من يعادلهما من الاناث كما يقول فقهاء الجعفرية؟ ودليلهم ان اقل الجمع اثنان وان المراد بالاخوة اثنان من الذكور أو من يعادلهما من الاناث (كاربع اخوات فما فوق، أو اخ واختان).

٤- **ظني الثبوت وقطعي الدلالة:** ككل حديث من احاديث الاحاد تكون دلالته على المعنى (الحكم) المراد به قطعية لا يحتمل غيره مثل ما رواه عبد الله بن عمر من ان امراة قالت: يا رسول الله ان ابني هذا كانت بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء[٢]، وان اباه طلقني، واراد ان ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ : (انت احق به ما لم تنكحي)[٣]. فهذا الحديث ظني الثبوت لأنه لم ينقل عن طريق التواتر،لكن دلالته على ان الام احق بالحضانة من غيرها ما لم يكن هناك مانع قطعية[٤].

---

[١] سورة النساء /١١.

[٢] بكسر الحاء هو المكان الذي يحوي الشيء أي يضمه ويجمعه.

[٣] اخرجه الامام احمد في مسنده٢/١٨٢،وابو داود في كتاب الطلاق،باب من احق بالولد٢/١٩٢.

[٤] والقطعية قد تكون ذاتية وقد تكون عرضية. لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا اصول الفقه في نسيجه الجديد ٢/٤٣٩وما يليها.

المبحث الثاني

الدلالة الظنية

تكون دلالة النصوص وصيغ العقود ووسائل الإثبات ظنية، إذا كان الدال محتملاً لأكثر من معنى (أو حكم) واحد، ولو كانتْ هذه الدلالة بدرجات متفاوتة وضوحاً وخفاءً. وقد أجمع علماء الأصول والفقهاء على جواز الإكتفاء بالظن في الفروع - الأحكام الفقهية أو القضائية -، واليقين غير مطلوب إلا في الأحكام الإعتقادية -أصول الدين-، ولو اشترط اليقين من الفقيه في إستنباط الأحكام أو من القاضي في حسم الخصومات لتعطلت كثير من المصالح والحقوق المالية وغير المالية، ذلك لأنَّ إفادات الخصوم وشهادات الشهود كلها أخبار، وكل خبر من حيث هو يحتمل الصدق والكذب، وبالتالي لا يفيد إلا الظن. وكذلك أكثر النصوص دلالتها ظنية سواء أكانت في الشرائع أم في القوانين لأنها إما أنْ تحتمل أكثر من حكم واحد أو تتسم بطابع المرونة والمطاطية أو تتأثر أحكامها بالظروف والملابسات وخلفيات القضية المعنية بالحكم وحسم الخصومة فيها.

وإضافة إلى ذلك، فإنَّ الفقيه أو المفتي أو القاضي كما لا يلزم بالعمل باليقين دائماً بل يكفي حصول الظن الغالب في حالات غياب اليقين، كذلك لا يجوز له أنْ يعمل بالشك أو الوهم أو التخيل، بل الحد الأدنى هو الظن بإجماع فقهاء الشريعة والقانون.

وجدير بالذكر أنَّ إدراكات الإنسان إما تصورات أو تصديقات، وأنَّ ما يدركه في كل مفردة أو قضية ـ أو مسألة ـ يكون دائراً بين الوقوع واللاوقوع، فهو لا يخلو من إحدى الحالات التالية:

١- إنْ تساويا -الوقوع واللاوقوع- عند العقل من غير رجحان أحدهما على الآخر فالإدراك المتعلق بكل منهما يسمى شكاً.

٢- وإنْ ترجح أحدهما عند المدرك بنوع من الإذعان والقبول يسمى تصديقاً.

٣- الإعتقاد إنْ لم يصل إلى درجة الجزم يسمى (ظناً)، والطرف المقابل له يسمى (وهماً).

٤- الإعتقاد الجازم إنْ لم يكن ثابتاً بأنْ كان قابلاً للزوال بتشكيك المشكك يسمى (تقليداً)، والطرف المقابل له يسمى تخييلاً -أو تخيلا-.

٥- الإعتقاد الجازم الثابت إنْ لم يكن مطابقاً للواقع يسمى (جهلاً مركباً).

٦- والإعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع يسمى (يقيناً). والقاعدة العامة تقضي بأن (اليقين لا ترتفع إلا باليقين).

والوهم والشك والتخييل من أقسام التصورات لعدم وجود الإذعان (التسليم لدى المخاطب) فلا يجوز الحكم بمقتضاها، والظن والتقليد والجهل المركب واليقين من التصديقات، فالحكم يكون باليقين إنْ وُجد وإلا فبالظن الغالب.

ظنية دلالات النصوص والإختلاف في أحكامها

تعتبر ظنية دلالات النصوص من أهم أسباب إختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية، وقد سبق بيان بعض من تلك النصوص، وأكرر بصورة مختصرة للتذكير بعضاً منها:

١- قال تعالى في حُكم الإيلاء: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَآءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[1]، ولظنية دلالة هذه الآية على الحكم المرتبط بالإيلاء إختلف فيه الفقهاء كالآتي:

أ - قال جمهورهم: (للزوجة بعد المدة ـ أربعة أشهر ـ مراجعة القضاء والمطالبة بالمعاشرة المعروفة أو الطلاق، فالقاضي يجبر الزوج على أحدهما، فإنْ إمتنع حل محله في الطلاق وحكم بالتفريق).

ب- وقال الجعفرية والظاهرية: (يجبره القاضي على أحدهما،فإنْ أبى لا يحل محله في الطلاق ولكن يحبسه أو يعذبه إلى أنْ يختار أحدهما أو يموت في الحبس).

ج- وقال الحنفية والإباضية: (يقع الطلاق بمجرد إنتهاء المدة، لأنَّ هذا هو معنى ﴿وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلَاقَ ﴾)[2]. وقال المالكية لا يشترط في الإيلاء الحلف في ترك المعاشرة، لأن مجرد الترك ظلم، ورفع الظلم واجب على القاضي أو من ينوب عنه.

٢- قال تعالى في ميراث الأم: ﴿ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾[3]، ولظنية دلالة هذه الآية على العدد المراد بالأخوة إختلف فيه الفقهاء:

أ- قال جمهورهم: (اثنان فما فوق من الذكور والإناث أو من كليهما).

---

[1] سورة البقرة/ ٢٢٦ ـ ٢٢٧.

[2] لمزيد من التفصيل، راجع مؤلفنا الطلاق خلال أربعة آلاف سنة (٢/٧٥-٩٠).

[3] سورة النساء/ ١١.

ب- قال الجعفرية: (المراد ذكران أو من يعادلهما ـ أي أربع أخوات أو أخ وأختان ـ فما فوق).

ج- وقال ابن عباس: (ثلاثة فما فوق من الذكور أو الإناث،لأنَّ أقل الجمع ثلاثة).

٣- قال تعالى في ميراث الأخت: ﴿ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾[١]، ولظنية دلالة هذه الآية على المعنى المراد بلفظ (ولد) اختلف فيه الفقهاء كالآتي:

أ- قال ابن عباس وفقهاء الجعفرية: (المراد ما يشمل الذكر والأنثى لأن هذا هو معناه اللغوي، فلا ترث الأخت مع البنت أو بنت الإبن).

ب- قال الجمهور: (اراد به القرآن معناه العرفي ـ أي الذكر ـ فترث الأخت الشقيقة أو لأب بعد نصيب البنت أو بنت الابن الباقي، لانها عندئذ عصبة مع الغير)[٢].

---

[١] سورة النساء/ ١٧٦.

[٢] لمزيد من التفصيل، راجع مؤلفنا شرح قانون الأحوال الشخصية (أحكام الميراث والوصية)، ص١٥٤ وما بعدها.

المبحث الثالث
الدلالة الغامضة

الغامض:

لفظ (أو كلام) لا تكون دلالته على المعنى (أو الحكم) المراد واضحةً، وهو يشمل الأقسام الأربعة لغير واضح الدلالة -الخفي والمشكل والمجمل والمتشابه- في التقسيم الرباعي والمجمل والمتشابه في التقسيم الثنائي.

والذي يهمنا في هذه الدراسة هو معرفة أهم أسباب الغموض، ووسائل إزالته وهي تختلف بإختلاف النصوص والقضايا الخاضعة لها، كما تختلف بإختلاف المفسرين والشراح والقضاة وكل من يتعامل مع النصوص. فربَّ نص غامض في نظر شخص يكون واضحاً لدى شخص آخر لتفاوت الناس في الإستعداد والفهم وصفاء الذهن وسعة الإطلاع والملكة الفقهية والعقلية القانونية.

وإضافة إلى ما ذكرنا فإنَّ علماء الأصول وفقهاء الشريعة والقانون لم يتمكنوا من القيام بإستقراء تام وإحصاء كامل لأسباب الغموض في النصوص. ومرد ذلك عمومية وتجرد القواعد الشرعية والقانونية، وعدم الإكتراث لدقائق الأمور وتفاصيل الجزئيات حتى لا يقيد الفقيه أو المفتي أو القاضي بأنْ يتمسك بحرفية النص في جميع الأحوال والظروف. كما لا توجد ضوابط لأسباب غموض النصوص كذلك لا توجد معايير دقيقة لتحديد وسائل إزالة الغموض، فلكل غامض وسيلة خاصة لإكتشاف المراد به، وبناء على ذلك نقتصر على إستعراض نماذج من أسباب الغموض ووسائل إزالته.

أسباب الغموض

أولاً ـ الغموض في سريان النص على بعض ما صدقاته[1]

لما يتصف به هذا البعض من تسمية خاصة أو طبيعة متميزة كما يلي:

أ- من الغامض من حيث السريان في نصوص الشريعة قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ

---

[1] أي ما يندرج تحته معنى ويصدق عليه لفظاً.

﴿فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ﴾[1]، وقد ذهب بعض العلماء من الأصوليين والفقهاء إلى أنَّ سريان هذه الآية على النباش والطرار ـ النشال ـ غير واضح لتخلف بعض عناصر السرقة فيهما، لأنَّ النباش يسرق مالاً غير مملوك لأحد فما يأخذه السارق من القبر ليس ملكاً للميت لأنه غير أهل لملكيته، وليس ملكاً للورثة لأنهم تخلوا عنها، إضافة إلى أنَّ القبر لا يعتبر حرز المثل لتلك الأموال، فالإستيلاء عليها لا يعتبر سرقة. وأنَّ الطرار يسرق المال من اليقظان، في حين أنَّ السرقة عبارة عن أخذ مال مملوك للغير خفية في حرز مثله بقصد سيء.

ثم انَّ إستقلالية كل من هذين النوعين من السرّاق باسم خاص قد أورثت شبهة في صدق السارق عليهما، وأحوجت الفقه والقضاء إلى البحث والإجتهاد لإزالة هذا الغموض في الشمول عن طريق علة تشريع الحكم تجريماً وعقوبةً، وقد وصل إجتهاد الفقهاء إلى أنَّ العلة هي حماية الأموال، فهي قائمة بالنسبة للنباش والطرار لإعتدائهما على حق مالي للغير. ثم ان مرد إختصاص النشال (أو الطرار) بهذا الاسم الخاص إلى زيادة في مضمونه فهو سارق مع الزيادة، فالسارق يسرق الأعين النائمة، والطرار يسرق الأعين المستيقظة بخفة يده ومهارته، وبذلك يعتبر أخطر من السارق الإعتيادي على المجتمع ويستحق العقوبة من باب أولى، فلا مبرر للتردد في كونه مشمولاً بآية السرقة، وهذا ما استقر عليه رأي فقهاء الشريعة.

أما بالنسبة إلى النباش فقد ذهب البعض إلى أنه يعاقب بعقوبة تعزيرية لأن المسروق لا مالك له، والقبر لا يعتبر حرزاً، ونُسب هذا الرأي إلى أبي حنيفة (رحمه الله)، ولكن قال الجمهور[2]: (إنَّ النباش مشمول بأحكام السرقة وأنه سارق حقيقة)، إضافة إلى إرتكاب جريمة هتك حرمة الميت، وأنَّ المال المدفون مع الميت قد يكون من الأموال النفيسة دفن معه إعتزازاً بالميت كما هو المتعارف لدى بعض الأقوام وبصورة خاصة في العصور الغابرة، وقد يكون المسروق عضواً صناعياً من المعدن النفيس.

وجدير بالإشارة أنَّ هذا الخلاف موجود لدى فقهاء القانون فذهب أكثر شراح القانون الجنائي إلى أنَّ الأشياء المدفونة مع الميت كالخاتم والأسنان والأعضاء الصناعية وغيرها، لا تعتبر متروكة بل لا تزال مملوكة لورثة الميت أو لأصدقائه الذين قدموها

---

[1] سورة المائدة/ ٣٨.

[2] لمزيد من التفصيل،راجع:فتح القدير٤/٢٣٤ وما بعدها. تفسير القرطبي٦/١٦٠ ومابعدها.

له، لما في ذلك من معنى التقدير وتخليد المحبة، ولذا يكون الإستحواذ عليها إرتكاباً لجريمة السرقة، وقد تبنى هذا الرأي القضاء الفرنسي[١]. وقال بعضهم: (لا يعتبر سرقة لأنَّ الأشياء المدفونة مع الميت تعتبر متروكة قد تخلى عنها أصحابها).

ب- ومن غموض النص من حيث الشمول والسريان في النصوص القانونية م ٣١١ من قانون العقوبات المصري[٢]: ﴿كل من اختلس منقولا مملوكاً لغيره فهو سارق﴾.

وجه الغموض هو خفاء شمول المنقول في هذه المادة بالنسبة لما هو متصل بالأرض كالمحصولات الزراعية والأشجار والثمار وللقوة الكهربائية والمائية وكل طاقة أو قوة محرزة أخرى. وقد تدارك المشرع العراقي هذا الغموض فنص صراحة في (م ٤٣٩) من قانون العقوبات القائم على ما يعتبر منقولاً فقال: ﴿السرقة إختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً. ويعتبر مالاً منقولاً لتطبيق أحكام السرقة النبات وكل ما هو متصل بالأرض، أو مغروس فيها بمجرد فصله عنها والثمار بمجرد قطفها والقوى الكهربائية والمائية، وكل طاقة أو قوة محرزة أخرى﴾. وبهذا التفسير للمنقول استبعد غموض سريان النص لهذه الأشياء.

ثانياً ـ الغموض في النص بسبب إضطراب صياغته:

كما في (م٩، م٨٩، م٩١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ[٣]:

أ- م١/٩ ﴿ويعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلا إذا لم يتم الدخول﴾.

وجه الغموض في هذا النص: هو إستعمال لفظ ﴿باطل﴾ لبيان صفة عقد المكره مع اضافة عبارة ﴿إذا لم يتم الدخول﴾، لأن لفظ ﴿باطل﴾ في التشريعات العراقية[٤] لا يراد به إلا البطلان المطلق فهو معدوم والمعدوم لا يتحول إلى الموجود بالإجازة الضمنية التي تدل عليها عملية الدخول.

ووسيلة إزالة غموض هذا النص: هي تعديله بتبديل الباطل اما بالموقوف أو الفاسد، لأن مصطلح العقد الفاسد وإنْ لم يأخذ به المشرع العراقي في القانون المدني إلا أنه

---

[١] جارسون، شرح م ٢٧٩ بند ٥٣٨ من قانون العقوبات الفرنسي. نقلا عن د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات النافذ ١٤١/٢.

[٢] ذي رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل.

[٣] ذي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩المعدل.

[٤] في التشريعات المصرية قد يراد به البطلان النسبي وهو يرادف غير اللازم.

أقره في قانون الأحوال الشخصية[1]. وجدير بالذكر أن الفاسد للإكراه يتحول إلى الصحيح بالإجازة كالعقد الموقوف بخلاف فاسد لأسباب أخرى فإنه لا يتحول إلى الصحيح إلا بإزالة سبب الفساد.

ب- م٨٩ ﴿الوارثون بالقرابة وكيفية توريثهم:

١-الأبوان والأولاد، وإن نزلوا للذكر مثل حظ الأنثيين.

٢-الجد والجدات، والأخوة والأخوات، واولاد الأخوة والاخوات.

٣-الأعمام والعمات. والأخوال والخالات، وذوو الأرحام.

٤-تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الأخ الشقيق في الحجب﴾.

وجه الغموض: أنَّ هذه المادة بسبب إضطراب صياغتها لا تدل صراحة على إتجاه المشرع العراقي، هل أخذ بالفقه السني أو بالفقه الجعفري في ترتيب الورثة وإستحقاقهم للتركة؟[2]، ولذلك حصل التناقض في تفاسير محكمة التمييز لها في العراق. وقد فسرتها بقرارها المرقم ١١/شخصية/٩٦٤ في ١٩٦٤/٣/٢٨ بأنها ﴿أخذت بالفقه السني، ولم تأخذ بنظام المراتب﴾، في حين فسرتها عام ١٩٨٥[3] بأنها ﴿أخذت بالفقه الجعفري وأقرت نظام المراتب، فكل وارث من الفقرة الأولى ذكرا كان أم أنثى يحجب من الميراث كل من ورد في الفقرتين الثانية والثالثة، وكل وارث من الفقرة الثانية يحجب من ورد في الفقرة الثالثة﴾. وكان هذا التناقض في التفسير نتيجة غموض المادة.

---

(١) في م٢٢ إذا وقعت الفرقة بعد الدخول في عقد غير صحيح ـ الفاسد ـ فإنْ كان المهر مسمى فيلزم أقل المهرين من المهر المسمى والمثلي، وان لم يسم فيلزم مهر المثل.

(٢) في الفقه السني: الورثة ثلاثة أقسام:

١- أصحاب الفروض وهم الورثة الذين حددت نسبة نصيبهم بالنص.

٢- العصبات وهم الذكور المنتمون إلى الميت مباشرة أو عن طريق الذكور.

٣- ذوو الأرحام وهم ما عدا القسمين المذكورين من الأقارب.

وفي الفقه الجعفري للورثة ثلاث مراتب (أو طبقات):

المرتبة الأولى: من ورد في الفقرة الأولى من م ٨٩. المرتبة الثانية: من ورد في الفقرة الثانية منها. المرتبة الثالثة: من ورد في الفقرة الثالثة. وقالوا: إذا وجد واحد في المرتبة الأولى لا يرث أحد من الثانية والثالثة، وإذا وجد واحد من الثانية لا يرث أحد من الثالثة.

(٣) كما في قرارها المرقم ٢٩٤/موسعة أولى/٨٤ ـ ٨٥ في ١٩٨٥/٦/٢٦ وقرارها المرقم ١٩٨٣/موسعة أولى/٨٦ ـ ٨٧ في ١٩٨٧/٥/٦.

والتفسير الأول هو الصحيح لما يلي:

١-إستعمال مصطلح: (ذوي الأرحام)في الفقرة الثالثة وهو لا يوجد في الفقه الجعفري.

٢- إستعمال لفظ: (جد) مفرداً في الفقرة الثانية يعني الجد من الأب لأنه من جانب الأم يعتبر من ذوي الأرحام، وهذا غير وارد في الفقه الجعفري الذي يستعمل عادةً في المرتبة الثانية تعبير: (الأجداد) أي الجد من جانب الأب والأم.

٣- إضافة الفقرة الرابعة[1] إلى م ٨٩، والفقرة الثانية[2] إلى م٩١ تكون من باب العبث والحشو إذا كانت أحكام م٨٩ مأخوذة من الفقه الجعفري[3] لأن هذه الإضافة من باب تحصيل الحاصل بالنسبة إلى الفقه الجعفري.

ج- م٩١/٢ ﴿تستحق البنت أو البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفى ما تبقى من التركة بعد أخذ الأبوين والزوج الآخر فروضهم منها. وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود أي منهم﴾.

وجه الغموض: ان هذه الفقرة تتضمن حكمين غريبين:

أحدهما: لا مثيل له في العالم الإسلامي وغير الإسلامي وهو جعل البنت أقوى من الابن في الميراث، وعلى سبيل المثل من مات من أهل السنة عن جد وجدة وبنت تكون تركته كلها للبنت بموجب هذه الفقرة، لأنها تحجب كل الورثة بإستثناء الأبوين والزوجين وابن المتوفى، وإذا مات عن جد وجدة وابن فلكل من الجد والجدة السدس والباقي للابن.

وثانيهما: مخالف لإجماع فقهاء المسلمين من أهل السنة والشيعة فمن مات عن أب وأم وبنت فالمسألة الفرضية تكون من (٦)، فعند أهل السنة للبنت النصف (٣/٦) وللأم السدس (١/٦) وللأب السدس (١/٦) فرضا والباقي تعصيباً، وعند أهل الشيعة لكل من الأبوين السدس وللبنت النصف والباقي يعاد توزيعه على الكل بالنسبة إلى حصصهم وترد المسألة

---

[1] أضيفت هذه الفقرة إليها بموجب المادة الأولى من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٨٣، التعديل الثامن من قانون الأحوال الشخصية.

[2] أضيفت هذه الفقرة بموجب المادة الثامنة من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٧٨ التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية.

[3] لأنه في هذا الفقه البنت كالابن عند عدم وجوده، والأخت الشقيقة كالأخ الشقيق عند عدمه، فلا حاجة إلى هذين التعديلين.

من(٦إلى٥)، في حين يكون الباقي للبنت اضافة إلى حصتها المقررة وذلك بمقتضى تلك الفقرة من (م٩١).

وسيلة إزالة هذا الغموض: هو تعديل الفقرة المذكورة بالآتي: (وتعتبر البنت بحكم الأبن في الحجب) وذلك أسوة بما جاء في الفقرة الرابعة من م٨٩ اخذاً بالفقه الجعفري، لأن هذا هو غرض المشرع من تعديل المادة، لكن الصياغة أتت غير موفقة.

ثالثاً ـ الغموض بسبب الإشتراك:

سواء أكان لفظياً كما في لفظ (قرء) في قوله تعالى: **﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ﴾**[1]، أم معنوياً كما في لفظ (قاتل) في قول الرسول: (لا يرث القاتل)، وقد سبق بيان ذلك في مبحث المشترك، ومثل لفظ (تمام) هو يحتمل ان يراد به الإنعقاد أو الصحة أو النفاذ أو اللزوم، وقد تردد شراح القانون المدني العراقي بين هذه الإحتمالات في القبض في العقود العينية كما في م٦٠٣ من القانون العراقي. ولكن الواقع هو ان المعنى الصحيح لتعبير (تتم) في هذه المادة ﴿وتتم الهبة بالقبض﴾ هو أنها تتم آثارها لأنَّ العقد العيني ينشيء الإلتزام ولكن لا ينشئ الحق إلا بالقبض.

رابعاً ـ تردد اللفظ (أو الكلام) بين إحتمالين فأكثر:

ولهذه الحالة تطبيقات كثيرة منها:

أ- تردد القيد الوارد بعد عدة جمل معطوف بعضها على بعض بين رجوعه إلى الكل أو إلى الأخيرة حينما لا توجد قرينة تحدد المرجع، كما ذكرنا بالنسبة للإستثناء في مبحث التخصيص.

ب- تردد جملة (أو كلام) بين مضمونين محتملين كما في قوله تعالى: **﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إَلاَّ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَن تَعْفُواْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلاَ تَنسَوُاْ الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾**[2].

وجه الغموض: ان جملة **﴿ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾** مترددة بين الزوج الذي بيده دوام الزواج والعصمة وبين الولي لأنه الذي يتولى التزويج، ولهذا حصل الخلاف فيه. فمنهم

---

[1] سورة البقرة/ ٢٢٨.

[2] سورة البقرة/ ٢٣٧.

من قال[1]: (المراد هو الزوج لأن للمطلقة قبل الدخول نصف مهرها المسمى تعويضاً عن الضرر المعنوي الذي يصيبها بسبب الطلاق ما لم تتنازل عنه، ويرجع النصف الآخر للزوج لأنه لم يتمتع بها ما لم يتنازل عنه لها، ولا يكون العفو والتنازل إلا ممن يملكه)، وفاقد الشيء لا يعطيه، فالمهر ليس ملك الولي حتى يتنازل عنه ثم ان الولي إذا أبرأ الزوج قبل الطلاق فالإبراء باطل وكذلك بعده.

ومنهم من فسره[2] بالولي لأنه بيده عقدة الزواج، ولا يبقى للزوج سلطة على الزواج بعد الطلاق، لأنه لو أراد الله به الأزواج لقال: (إلا ان تعفو أو تعفون).

فالعدول من صيغة المخاطب في صدر الآية إلى الغائب دليل على ان الكلام موجه إلى غير الأزواج.

ووسيلة إزالة هذا الغموض: هو الاجتهاد والنظر فيما يرجح أحد المعنيين، والذي يبدو لنا أنَّ التفسير الأول هو الراجح بقرينة ان العفو يكون ممن يملكه وهو الزوج، ولأن الفضل الذي جاء النهي عن نسيانه في نهاية الآية إنما يكون لمن يملكه وهو الزوجان، ثم ان الطلاق والرجعة بعد الطلاق الرجعي بعد الزواج والمراد بالعفو التمليك ان كان المهر عيناً والإبراء ان كان ديناً[3].

خامساً ـ كل سبب في ذات النص يؤدي إلى عدم وضوح دلالته:

كل زيادة في النص لا تظهر فيها فائدة جلية، وكل نقص يخل بالمقصود، وكل إضمار (تقدير) يقتضيه النص للدلالة على الحكم المراد، وكل سبب آخر في ذات النص يؤدي إلى عدم وضوح دلالته، ولو كان ذلك بالنسبة إلى بعض دون بعض.

---

[1] كعلي بن أبي طالب ﷺ من الخلفاء الراشدين، وسعيد بن المسيب من التابعين وأبي حنيفة والشافعي في قوله الجديد، والإمام أحمد على الراجح في مذهبه من أئمة المذاهب الفقهية.

[2] كابن عباس من فقهاء الصحابة وطاووس وعطاء والشعبي من فقهاء التابعين والإمام مالك وفقهاء الجعفرية من أئمة المذاهب، في كنز العرفان في فقه القرآن للمحقق الحلي ٢/٦٤: (كما يجوز للمراة العفو عن حقها كذلك يجوز لوليها وهو المشار إليه بقوله: ﴿ بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ البقرة/ ٢٣٧).

[3] لمزيد من التفصيل، راجع أحكام القرآن للجصاص ١/٢٠٠. أحكام القرآن لابن العربي ١/٢١٩. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٢٠٤.

ومن أمثلة تلك الأسباب ما يلي :

أ- م٢٠٤ من قانون المرافعات العراقي[1] ﴿مدة الطعن بطريق التمييز ثلاثون يوماً بالنسبة لأحكام محاكم البداءة والإستئناف، وعشرة أيام بالنسبة لأحكام محاكم البداءة ومحاكم الأحوال الشخصية﴾.

وجه الغموض: ان إحدى المدتين بالنسبة للطعن بطريق التمييز في أحكام محاكم البداءة زائدة لأنها تارة حددت بثلاثين يوماً وأخرى بعشرة أيام، وهذا مما يؤدي إلى إرباك القضاء. فهل المعتمد الزمن الأول أو الثاني؟

ووسيلة إزالة الغموض: إعادة النظر وحذف إحدى المادتين.

ب- م٧٤/١[2] من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم[3] ﴿إذا مات الولد ذكراً كان أم أنثى قبل وفاة أبيه أو أمه فإنه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما، وينتقل إستحقاقه من الإرث إلى أولاده ذكوراً كانوا أم اناثاً حسب الأحكام الشرعية بإعتباره وصية واجبة على ان لا تتجاوز ثلث التركة﴾.

ففي هذه المادة **غموض ناتج عن نقصها** لأن الأحفاد لا يستحقون الوصية الواجبة إذا ملكهم المتوفى ـ قبل وفاته ـ مقدار ما يستحقونه بهذه الوصية، أو نسبة منها، ففي الحالة الأولى لا يستحقون شيئاً من الوصية الواجبة، وفي الحالة الثانية تكمل النسبة إلى ان تصل إستحقاق والدهم أو والدتهم على تقدير الحياة، على ان لا تتجاوز ثلث التركة.

ووسيلة إزالة هذا الغموض: هي إضافة فقرة جديدة إلى المادة كالآتي: ﴿٢-لا يستحق هؤلاء الأحفاد الوصية الواجبة إذا ملكهم بلا عوض الجد أو الجدة في حال الحياة مقدار ما يستحقون بها أو أكثر، فإنْ ملكهم أقل منها وجبت تكملته﴾، ثم ان هذا النص لا يشمل الطبقات الأخرى كأولاد أولاد الأولاد إذا إجتمعوا مع أولاد الأولاد رغم انها مشمولة بالوصية الواجبة.

---

[1] رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

[2] عدلت هذه المادة بالقانون المرقم ٧٢ لسنة ١٩٧٩، التعديل الثالث.

[3] رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

ج- (م٨٧٥/أولاً) لمشروع القانون المدني العراقي[١] ﴿للموكل في أي وقت ان يعزل وكيله أو يقيد وكالته، وللوكيل ان يتنحى عن الوكالة، ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك﴾.
في هذه المادة غموض ناتج عن الاضمار الذي تجب رعايته وهو (ما لم يتعلق بها حق الغير)، ولا نجد هذا الغموض في م٩٤٧ من القانون المدني الحالي القائم لانها نصت صراحة على هذا القيد[٢].

سادسا ـ الغموض الناشيء من ايجاز النص:

كما في قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ الصَّلاَةَ وَآتُواْ الزَّكَاةَ﴾[٣]، وقوله تعالى: ﴿وَلِلّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾[٤]، ولا تدل هذه الايات صراحة على أركان وشروط الصلاة والحج، ولا على الأموال التي تجب فيها الزكاة، ولا على الكمية الواجبة، وقد تولى الرسولﷺ بيان كل ذلك كما سبق في موضوع وظائف السنة النبوية وبذلك أزال الأجمال ـ الغموض ـ الموجود فيها قبل بيان المراد بها.

سابعا ـ تردد اللفظ بين معناه اللغوي والشرعي أو بينه وبين القانوني:

كما في لفظ (نكاح) في قوله تعالى ﴿وَلاَ تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاء إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾[٥]، فمعناه اللغوي الدخول ـ الوطء ـ ومعناه الشرعي عقد الزواج وحمله الجمهور على المعنى الشرعي بناء على قاعدة أن اللفظ في النصوص الشرعية يحمل على معناه الشرعي اذا دار بينه وبين المعنى اللغوي -وكذلك في النصوص القانونية- ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، لكن فسره البعض -كالحنفية- بالمعنى اللغوي أو كليهما، وعلى هذا الأساس اثبتوا المصاهرة بالزنى.

---

[١] لسنة ١٩٨٦.

[٢] م ١/٩٧٤ ﴿للموكل ان يعزل الوكيل أو أنْ يقيد من وكالته، وللوكيل أنْ يعزل نفسه، ولا عبرة بأي إتفاق يخالف ذلك، لكن إذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل أو التقييد دون رضاء هذا الغير﴾

[٣] سورة البقرة/ ٤٣.

[٤] سورة آل عمران/ ٩٧.

[٥] سورة النساء/ ٢٢.

ومثل لفظي (الركوع والسجود) في قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ﴾[١]، فحملها الحنفية على المعنى اللغوي ففسروا الركوع بالميل من الاستواء والسجود لوضع الرأس -أو الجبهة- على الأرض، وحملها الجمهور على المعنى الشرعي فقالوا (الركوع: الميل من الاستواء مع الطمأنينة، والسجود: وضع الراس على الأرض معها) لقول الرسول ﷺ : (اركع حتى تطمئن راكعا ثم ارفع حتى تعتدل قائما ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا)[٢]

وارى ان الجمهور هم على صواب بالنسبة للركوع والسجود ذلك لان الشارع نقلهما من معناهما اللغوي إلى المعنى الشرعي باضافة الطمأنينة فاصبحا من المجمل، وبينه الرسول ﷺ بالحديث المذكور لان البيان من وظيفته بموجب قوله تعالى ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ ﴾[٣].

ثامنا ـ عدم ملائمة مضمون النص لحكمة حكمه:

كما في م ١/٤٤٠ من قانون العقوبات العراقي (يعاقب بالسجن المؤبد أو الموقت من ارتكب سرقة اجتمعت فيها الظروف التالية:آ- وقوعها بين غروب الشمس وشروقها)[٤]، أي وقوعها في الليل بمعناه الفلكي: (الفترة المحصورة بين غروب الشمس وشروقها).

وجه الغموض: أن الفترة التي تقع قبيل الشروق وبعيد الغروب حكمها حكم النهار فلا تتوافر في هاتين الفترتين حكمة التشديد، وهي ما في الظلام من الرهبة في نفوس الناس من جهة، وتسهيل ارتكاب الجريمة من جهة أخرى، ولرعاية هذه الحكمة على القاضي أن لا يحمل الليل على معناه الفلكي، بل يحمله على المعنى اللغوي أو العرف، أي وقت الظلام.

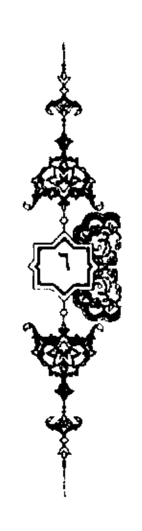
---

[١] سورة الحج/ ٧٧.

[٢] نيل الأوطار ٢/٢٩٤ لمزيد من التفصيل راجع شرح المنار لابن ملك، ص: ٣٧٧ وما بعدها. الحديث أخرجه البخاري، كتاب الاذان، باب امر النبي ﷺ الذي لا يتم ركوعه بالاعادة، فتح الباري ٢/٣٥٢.

[٣] سورة النحل/ ٤٤.

[٤] وكان المشرع المصري أكثر توفيقا في المادة (٣١٣) من قانون العقوبات التي نصها ﴿يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة من وقعت منه سرقة مع اجتماع الشروط الخمسة الآتية أولا ـ ان تكون هذه السرقة قد حصلت ليلاً﴾.



الفصل السادس
التعارض وطرق رفعه

التعارض بين الشيئين في الاصطلاح هو ان يقتضي ظاهر كل منهما خلاف ما يقتضيه ظاهر الآخر.

التعارض والتناقض النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق فكل تناقض تعارض دون العكس الكلي فقد يكون بين شيئين تعارض يمكن رفعه بالجمع بينهما أو ترجيح احدهما على الاخر بخلاف التناقض فان المتناقضين لايجتمعان ولايرتفعان معا باتفاق اراء العقلاء والفلاسفة

ولرفع التعارض بين الأشياء من النصوص والادلة والمصالح وغيرها ثلاث طرق رئيسة وهي حسب التسلسل الآتي:

١ـ الجمع بين المتعارضين والعمل بكل منهما في حدوده.

٢ـ ترجيح احد المتعارضين على الاخر بمرجح والعمل بالراجح وترك المرجوح.

٣ـ الغاء المتاخر منهما للمتقدم أو تساقطهما معا اذا لم يمكن الجمع والترجيح.

وتوزع دراسة تطبيقات هذه الطرق الثلاث على المباحث الثلاثة الآتية:





المبحث الأول

رفع التعارض بالجمع

ففي رفع التعارض بين المتعارضين ايا كانت طبيعتهما تجب محاولة الجمع بينهما والعمل بهما كل في حدود نطاقه بناء على القاعدة الشرعية العامة (اعمال الكلام اولى من اهماله)[1] ومن تطبيقات الجمع بين المتعارضين والعمل بهما كل في نطاقه مايأتي:

أولاً- اذا كان التعارض بين العام والخاص فيجمع بينهما لرفع التعارض عن طريق تخصيص العام بالخاص والعمل بالعام فيما يبقى بعد التخصيص من الافراد المشمولين بحكم العام، والعمل بالخاص فيما يخرجه من الافراد من كونهم مشمولين بحكم العام وقد سبق تفصيل ذلك في موضع تخصيص العام فلا داعي للتكرار.

ولكن ارى من المفيد الاشارة إلى النقطتين التاليتين:

احداهما: ان ما شاع من ان رفع التعارض بين العام والخاص يكون بترجيح الخاص على العام فهو غير سليم فتخصيص العام بالخاص لرفع تعارضهما ليس من باب الترجيح وانما هو من باب الجمع بين المتعارضين لان الترجيح يعني العمل بالراجح وترك المرجوح وهذا غير وارد في تخصيص العام.

الثانية: ما شاع من الخلاف في بعض المراجع الأصولية[2] من ان الباقي بعد التخصيص هل يعمل به أو لا، ومن ان استعمال صيغة العام في الباقي بعد التخصيص هل هو استعمال حقيقي أو مجازي، وهذا خلاف يرفضه المنطق السليم، لأن العام بعد التخصيص يعمل به في حدود ما يبقى، وان استعمال صيغته في ما يبقى من الأفراد بعد التخصيص ليس من باب المجاز، لأن المجاز هو استعمال اللفظ في غير ما وُضِع له، لعلاقة مع قرينة مانعة عن إرادة الموضوع له في اصطلاح به التخاطب. وهذا التعريف لا ينطبق على صيغة العام بعد التخصيص، لأن التخصيص لا يُخرج أفراد العام من كونهم مشمولين بصيغته، وإنما يُخرجهم ما كونهم مشمولين بالحكم الوارد في العام، فشتّان بين الإخراج من الصيغة والإخراج من الحكم.

---

(١) مجلة الاحكام العدلية (٦٠)

(٢) مثل جمع الجوامع لابن السبكي وشرحه للمحلي ٢/٤ وما يليها

وعلى سبيل المثل: قول الرسولﷺ لا يرث القاتل، لا يُخرج القاتل من كونه ذكراً مشمولاً بقوله تعالى (لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ... الآية)[١] وإنما يُخرجه من كونه مشمولا بحكم الميراث. وبتعبير آخر يُخرجه من الحكم، لا من الصيغة. وابن السبكي رحمه الله اشار إلى ذلك بقوله ومتعلَّقه (اي متعلق التخصيص هو الحكم)، والغريب أنه بعد هذا القول استعرض الآراء الخلافية الواردة في كون العام بعد التخصيص، هل هو حقيقة في الباقي أو مجاز.

ثانياًـ اذا كان التعارض بين المطلق والمقيد، فيُرفع بتقييد المطلق، فعندئذ يُجمع بين العمل بالمطلق فيما يبقى بعد التقييد، وبالمقيد في حدود ما يشمله القيد. وقد سبق تفصيل ذلك في موضوع حمل المطلق على المقيد.

وجدير بالذكر ان كلاً من تخصيص العام وتقييد المطلق يُكيف بأنه بيان، لأن العام قبل تخصيصه لم يكن عمومه مراداً من الشارع، كما لم يكن اطلاق المطلق قبل تقييده مرادا، فالتخصيص والتقييد يأتيان لبيان هذا المراد، وهذا البيان في نصوص الشريعة الإسلامية، قد يكون بالقرآن، وقد يكون بالسنة النبوية، بناء على التخويل الوارد في قوله تعالى (وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ).[٢]

ثالثاًـ إذا كان التعارض بين نصين، يكون كل واحد منهما عاما من وجه وخاصاً من وجه آخر، يُجمع بينهما.

ومن تطبيقاته ما ورد في القرآن الكريم من بيان عدة المتوفى عنها زوجها، في قوله تعالى(وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً).[٣] ومن عدة الحامل في قوله تعالى(وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)[٤]. فالآية الأولى خاصه بعدة المتوفى عنها زوجها، ولكنها عامة تشمل المتوفى عنها زوجها الحائل، والمتوفى عنها زوجها الحامل. كذلك الثانية خاصة بعدة الحامل، ولكنها عامة تشمل المطلقة والمتوفى عنها زوجها، لذا يُجمع بينهما لرفع التعارض الظاهر فيهما، فتكون عدة المتوفى عنها زوجها الحامل أطول الاجلين، فإذا وضعت الحمل في أربعة أشهر وعشرة أيام، تنتظر إلى إكمال هذه المدة، لأن عدتها لا تنتهي بوضع الحمل

---

[١] سورة النساء/ ٧
[٢] سورة النحل/ ٤٤
[٣] سورة البقرة/ ٢٣٤
[٤] سورة الطلاق/ ٤

وحده، وإذا انتهت مدة أربعة أشهر وعشرة أيام ولم تضع الحمل بعد، تنتظر إلى وضع الحمل، وبه تتم عدتها. وهذا الجمع ذهب إليه كثير من فقهاء الشريعة الإسلامية منذ صدر الإسلام، وفي مقدمتهم علي بن ابي طالب ﷺ، وأخذ به المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية القائم.[١]

رابعاً ـ إذا كان التعارض لعدم وضوح المعنى المراد من المتعارضين أو أحدهما فيرفع ـ بتفسير الغامض ومن تطبيقات ذلك التعارض الموجود بين المادة السابعة من قانون الاحوال الشخصية العراقي القائم التي تنص على انه (يشترط في تمام أهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة) وبين المادة(٣٩٨) من قانون العقوبات العراقي القائم التي نصت على انه(اذا عقد زواج صحيح بين مرتكب احدى الجرائم الواردة في هذا الفصل[٢] وبين المجنى عليه عُدّ ذلك عذراً قانونياً مخففا لغرض تطبيق احكام المادتين(١٣٠ ـ ١٣١) من قانون العقوبات[٣] وجه التعارض ان المجنى عليها اذا كانت لم تكمل الثامنة عشر من العمر ليس لها أهلية الزواج فكيف يتم الزواج الصحيح بينها وبين الجاني ولكن يرفع هذا التعارض بتفسير الشرط الوارد في المادة السابقة المذكورة بان المراد به هو شرط اللزوم وليس شرط الصحة أو الانعقاد كما في الشروط الواردة في المادة (٦) من هذا القانون حيث ينعقد العقد صحيحا ولكنه غير لازم اي ان لمن لم يكمل الثامنة عشر اذا بلغت هذا الحد لها حق الخيار بين البقاء في هذه العلاقة الزوجية وبين طلب فسخ الزواج من قبل القضاء. وبهذا التفسير يرفع التعارض بين المادتين(٧) و(٣٩٨) ويعمل بهما معا.

---

(١) رقم(١٨٨) لسنه ١٩٥٩ المادة (٣/٤٧) التي نصها عدة المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشرة ايام للحائل اما الحامل فتعتد بابعد الاجلين من وضع الحمل والمدة المذكورة

(٢) جرائم الاغتصاب، واللواط، وهتك العرض، المواد (٣٩٣ ـ ٣٩٧)

(٣) المادة (١٣٠) (اذا توفر عذر مخفف في جناية عقوبتها الاعدام نزلت العقوبة الى السجن المؤبد أو المؤقت أو الى الحبس الذي لا تقل مدته عن سنة فان كانت عقوبتها السجن المؤبد أو المؤقت نزلت الى عقوبة الحبس الذي لا تقل مدته عن ستة اشهر كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه المادة (٣١) (اذا توفر في جنحة عذر مخفف يكون تخفيف العقوبة على الوجه الآتي:
اذا كان للعقوبة حداً ادنى فلا تتقيد به المحكمة في تقدير العقوبة
واذا كانت العقوبة حبساً أو غرامة معاً حكمت المحكمة باحدى العقوبتين فقط واذا كانت العقوبة حبساً غير مقيد بحد ادنى حكمت المحكمة بالغرامة بدلاً منه)

المبحث الثاني

رفع التعارض بالترجيح

مجال رفع التعارض بالترجيح واسع يجري بالتعارض بين النصوص وبين المصالح وبين القواعد الفقهية العامة ومن تطبيقاته ما يأتي:

١- اذا تعارضت مصلحة محققة مع مصلحة احتمالية ترجح الأولى على الثانية وعلى سبيل المثل: ان حكم القاضي بوفاة الزوج المفقود ليس من مصلحة هذا الزوج لأنه قد يكون على قيد الحياة فيرجع إلى اهله في يوم ما ولكنه من مصلحة الزوجة لانها تريد ان تتمتع بحياتها في مجال العلاقة الزوجية وبما ان المصلحة الأولى احتمالية لاحتمال ان يكون الزوج على قيد الحياة أو كان متوفياً وان مصلحة الزوجة محققة لذا ترجح على مصلحة الزوج فيحكم القاضي بوفاته اذا توافرت شروط هذا الحكم ومنها مرور سنتين على فقده اذا كان الفقد في ظروف استثنائية ومرور اربع سنوات اذا كان الفقد في ظروف طبيعية[1]

٢- اذا تعارضت مصلحة محققة مع مصلحة تقديرية ترجح الأولى وعلى سبيل المثل اذا قررت اللجنة الطبية المختصة بان الجنين ببطن امه يشكل خطراً على حياتها اذا لم يتم اسقاطه قبل الولادة فترجح مصلحة حماية حياة الام لانها حقيقية على مصلحة حماية حياة الجنين لانها تقديرية.

٣- اذا تعارضت المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة تقدم الأولى ومن القواعد الشرعية العامة التي تؤيد هذا الترجيح ما جاء في المادة (٢٦) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على انه(يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) وعلى سبيل المثل من مصلحة البلد ان يدافع كل واحد من سكانه حين تعرضه لاعتداء خارجي ولو ادى ذلك إلى قتل المدافع أو فقده أو اسره لان الدفاع عن البلد من المصلحة العامة فهي

---

(١) قانون رعاية القاصرين العراقي القائم المادة (٩٣) للمحكمة ان تحكم بموت المفقود في احدى الحالات الآتية: اولا: اذا قام دليل قاطع على وفاته.
ثانيا: اذا مرت اربعة سنوات على اعلان فقده.
ثالثا: اذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على اعلان فقده.

تقدم على مصلحة المدافع من حماية حياته. اذا حقق هذا الدفاع مصلحة البلد ودفع العدوان قبل وقوعه أو رفعه بعده.

٤- اذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضررا بارتكاب اخفهما[١] لان الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف.[٢]

وعلى سبيل المثل اذا اصيب عضو من اعضاء شخص بمرض السرطان جاز قطع هذا العضو لمنع انتشاره في سائر الاعضاء لان ضرر القطع اخف من ضرر انتشار المرض الذي يؤدي إلى موت المريض غالبا.

٥- اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع.[٣] وترجيح المانع على المقتضي يكون لحكمة لو لم يقدم لفاتت هذه الحكمة وعلى سبيل المثل اذا قتل الابن اباه فالبنوة سبب مقتضٍ للميراث والقتل مانع منه فيرجح الثاني ويحرم من الميراث لحكمة هي حماية أرواح الابرياء لان هذا العمل يفسر بان الولد استعجل في قتل ابيه ليستولي على تركته والقاعدة العامة تقضي بان من استعجل الشيء قبل اوانه عوقب بحرمانه.[٤]

٦- اذا تعارضت مفسدة ومصلحة يرجح العمل بالمصلحة لان (درء المفاسد اولى من جلب المنافع).[٥] وعلى سبيل المثل في استيراد المسكرات والمخدرات والسكائر مصلحة اقتصادية للبلد من حيث اخذ الرسوم الكمركية عليها لكن هذا المستورَد يؤدي إلى السلوك الانحرافي لشباب البلد لذا تدرء هذه المفسدة بترك الحصول على تلك المصلحة.

٧- في التعارض بين النص واتفاق المتعاقدين يقدم الاتفاق اذا لم يكن النص من النصوص الامرة[٦] والا فيقدم النص.

٨ - في التعارض بين النص والعرف يقدم العرف، اذا لم يكن النص من النصوص الامرة، والا فيقدم النص.

٩- إذا تعارض العرف والإتفاق على خلافة يعمل بالإتفاق، وعلى سبيل المثل إذا كان عرف البلد أن يقدم بعض المهر ويؤجل بعضه كما في العراق واتفاق الزوجان على أن

---

(١) مجلة الاحكام العدلية المادة (٢٨)

(٢) المادة (٢٧)

(٣) مجلة الاحكام العدلية المادة(٤٦)

(٤) مجلة الاحكام العدلية المادة (٩٩)

(٥) المجلة المادة (٣٠)

(٦) النصوص الامرة هي التي تتعلق بالنظام العام والاداب العامة

يدفع الكل مقدماً أو يؤجل الكل، يعمل باتفاق الزوجين ويقدم على العرف.

١٠- في التعارض بين الإرادة الباطنة والارادة الظاهرة (اي التعبير والمظهر الخارجي للارادة الباطنة)، تُقدم الارادة الباطنة في الفقه المالكي والحنبلي والتشريعات اللاتينية، وتُقدم الإرادة الظاهرة عند الشافعي (ومن وافقه) وفي التشريعات الجرمانية، رعاية لاستقرار المعاملات، كما إذا أمضى عقداً مطبوعا يتضمن شرطاً كان لا يقبله، لو فُطن له.[1] في الزواج التحليل يقول الشافعي (رحمه الله) إذا أضمر شرط التطليق بعد الدخول من قبل المحلل، ولم يُذكر في العقد صراحة، لا تأثير لهذا الشرط على صحة الزواج، وقال غيره هذا الشرط مبطل سواء ذُكر أو أُضمر، واجتهاد الشافعي ومن نحا نحوه، مخالف لقوله تعالى (**وَإِن تُبْدُواْ مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُم بِهِ اللَّهُ**)[2]. ومخالف لقول الرسولﷺ ((إنما الأعمال بالنبيات)).

وفي رأينا المتواضع، إذا كانت الصيغة صريحة، يؤخذ بالإرادة الظاهرة، وإذا كانت كناية، يؤخذ بالإرادة الباطنة، وقد سبق تفصيل هذا الموضوع في هذا المؤلف.

١١- في التعارض بين العقد الحقيقي والعقد الصوري يرجح الحقيقي كمن وهب داره لاحد ورثته مثلا وسجلها باسمه في دائرة التسجيل العقاري تحت عنوان عقد البيع مقابل ثمن يقارب قيمته الحقيقة وقد اتفقا سرا على عدم الثمن او على ثمن تافه ثم اثبت سائر الورثة صورية العقد فعلى القاضي ان يحكم بمقتضى العقد الحقيقي في سريان الاحكام.[3]

١٢- لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وبحث الادلة والمستندات المقدمة فيها وموازنة بعضها بالبعض الآخر وتوجيح ما تطمئن نفسه الى ترجيحه بشرط عدم خروجه بأقوال الشهود والمستندات عما يتفق مع مدلولها.

وجدير بالذكر انه لا يخضع تقدير القاضي وترجيحه هذا لرقابه سلطة قضائية عليا متى اقام قاضي الموضوع قضاءه على أسباب سائغة لان المناقشة في تقدير الدليل

---

(١) الاستاذ السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ٣٤/٤

(٢) البقرة : ٢٨٤

(٣) نصت المادة(٢٤٥) من المدني المصري القائم على انه (اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين العاقدين هو الخلف العام(الوارث او الموصى له هو العقد الحقيقي) ويطابقه المدني السوري م/٢٤٦ والليبي م٢٤٨ والسوداني م١٤٨

جدل موضوعي لا تجوز اثارته اما محكمة عليا كمحكمة التمييز في العراق ومحكمة النقض في مصر[1].

المبحث الثالث

رفع التعارض بالإلغاء والتساقط

اذا لم يمكن الجمع بين المتعارضين ولا ترجيح احدهما على الاخر بمرجح فالامر لا يخلو من احدى الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: هي عدم امكان رفعهما معاً او جمعهما معا بان يكونا متناقضين توافرت في هذا التعارض شروط التناقض التي سبق تفصيلها في موضوع النسخ، ففي هذه الحالة يرفع التعارض باعتبار المتأخر تشريعاً ناسخاً (ملغياً) للمتقدم والنسخ في الاصطلاح الشرعي كما ذكرنا سابقاً يرادف الالغاء في القانون والالغاء في القانون اما صريح واما ضمني:

أ ـ **الالغاء الصريح:** هو ان ينص القانون الجديد في احدى مواده صراحة على الغاء القانون السابق كما نصت الفقرة(أ) من المادة (٣٧١) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي[2] على انه (يلغى قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي وزيوله وتعديلاته...الخ).

ب ـ **الالغاء الضمني:** هو ان يتعارض نصان من قانون واحد او من قانونين دون ان ينص المتأخر منهما صراحة على الغاء السابق لكن لعدم امكان الجمع بينهما يعتبر السابق انه قد أُلغيَ ضمناً باللاحق. وعلى سبيل المثل تنص المادة الثالثة من قانون ايجار العقار العراقي النافذ[3] على انه (يمتد عقد الايجار بحكم القانون بعد انتهاء مدته ما دام المستأجر شاغلا العقار ومستمرا على دفع الاجرة طبقاً

---

(١) الاستاذ الدكتور سليمان مرقس: اصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنينات سائرالبلاد العربية ص٦٥٩

(٢) رقم(٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل

(٣) رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩

لاحكام هذا القانون). وهذه المادة تتعارض مع المادة(١/٧٧١) من القانون المدني العراقي النافذ[1] على انه اذا انقضى عقد الايجار وجب على المستأجر ان يخلي المأجور للمؤجر في المكان الذي تم تسليمه فيه اذا لم يحدد الاتفاق او العرف مكاناً اخر.

وجدير بالذكر ان الالغاء الصريح لا يوجد في القران الكريم كما ذكرنا سابقا والقول بنسخ آية لآية اخرى مرفوض منطقياً ما لم يثبت بالادلة القطعية وجود التناقض بين الايتين (الناسخة والمنسوخة) وقد سبق تفصيل ذلك في موضوع التخصيص والنسخ.

الحالة الثانية: تساقط المتعارضين معاً اذا لم يكونا متناقضين بان يكونا متضادين لا يجتمعان في موضوع واحد او محل واحد ومن تطبيقات تساقط المتعارضين في الشريعة والقانون التعارض بين الدعوى الجنائية او المدنية وكذا بين ادلة الاثبات والبينات كالآتي:-

أ - اذا كان التعارض قائما بين دعاوى الخصوم بحيث لا يمكن الجمع بينهما بالصلح ولا بترجيح احدى الدعويين المتعارضتين على الاخرى بان تكونا متساويتين في قوة الاثبات والنفي تتساقطان معاً.

ب - واذا كان التعارض بين بينتي الخصمين وكانتا متساويتين في درجة الاثبات والنفي بحيث لا يمكن الجمع بينهما ولا ترجيح احداهما على الاخرى فانهما تتساقطان معاً فعلى القاضي ان يطلب اثبات الدعوى من المدعي أو ردها من المدعي عليه ببينه جديدة فاذا لم تتيسر هذه البينة فعلى القاضي ان يأخذ بقاعدة (المتهم بريء حتى تثبت ادانته) في القضايا الجزائية وبقاعدة (يفسر الشك في مصلحة المدين)[2] في المسائل المدنية كالمعاملات المالية.

ومرد هاتين القاعدتين الى قاعدة ثالثة في الاستصحاب وهي(الاصل براءة الذمة) لان الإنسان يولد بريئاً وذمته خالية من كل التزام جنائي والتزام مدني فعلى القاضي حيث تنسب الى شخص تهمة جنائية او يطالب برد حق شخصي في ذمته، أو حق عيني في حيازته ان يعتبره مازال هو ذلك البريء يوم ولادته حتى يثبت خلاف ذلك.

---

[1] رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١

[2] المادة(١٦٦) من المدني العراقي القائم

ونستنتج من المباحث الثلاثة المذكورة في التعارض وفي طرق رفعه عدم دقة القول[1] في باب التعارض بين الادلة بامتناع تعادل القاطعين اي تقابلهما بان يدل كل منهما على منافي ما يدل عليه الاخر على اساس انه لو جاز ذلك لثبت مدلولهما فيجتمع المتنافيان فلا وجود لقاطعين متنافيين كدال على حدوث العالم ودال على قدمه وكذا يمتنع تعادل الامارتين اي دليلين ظنيين في نفس الامر حذراً من التعارض في كلام الشارح.

أوجه عدم صحة القول الذاهب الى عدم قيام التعارض بين دليلين قطعيين او ظنيين هي الآتية:

١ـ الامتناع انما يكون على تقدير اجتماعهما معا وكون التعارض واقعا في نفس الامر وهذا مردود للأسباب الاتية:

أ ـ انصار هذا القول يقولون بوجود النسخ في القران والنسخ فرع قيام التعارض والتناقض بين الآيتين الناسخة والمنسوخة حتى تعد المتأخرة منهما في النزول وحياً ناسخاً للاولى لرفع التعارض والتناقض .

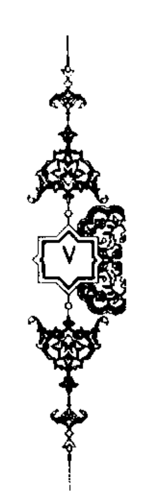
ب ـ التعارض بين الامارات (الادلة الظنية) ليس في الواقع ونفس الامر وانما هو في ذهن المجتهد دائما فالتعارض بين العام والخاص يرفع بتخصيص عموم العام في حدود خصوص الخاص لان العموم لم يكن مراداً من الشارع فالخاص جاء ليبين ذلك. وكذا التعارض بين المطلق والمقيد حيث لم يكن الاطلاق مرادا من الشارع في نفس الامر فجاء المقيد لبيان ذلك المراد لان كلاً من تخصيص العام وتقييد المطلق بيان لمراد الشارع .

٢ـ اثبات تعادل قاطعين بامتناع اجتماع المتنافيين منقوض لان تعارض القاطعين لا يعني اجتماعهما والعمل بمقتضاهما في الواقع وانما المراد ان هناك نصاً قاطعاً ورد من الشارع ثم جاء آخر بعده لا ليجتمع معه في العمل بمقتضاهما في وقت واحد وانما ورد ليلغي الأول ويحل محله في العمل به كما هو موجود عملياً في الغاء القوانين القطعية السابقة بالقوانين اللاحقة الغاء ضمنياً لا إلغاءً صريحاً لانه في حالة الالغاء الصريح لا يوجود التعارض بين سابق قد زال ولاحق قام وحل محله في العمل به.

---

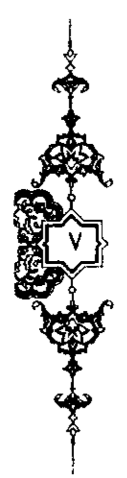
[1] كما قال ذلك ابن السبكي(رحمه الله) وقول شارحه المحلي(رحمه الله) في جمع الجوامع الكتاب السادس في التعادل والتراجح ٢/٢٢١ وما يليها

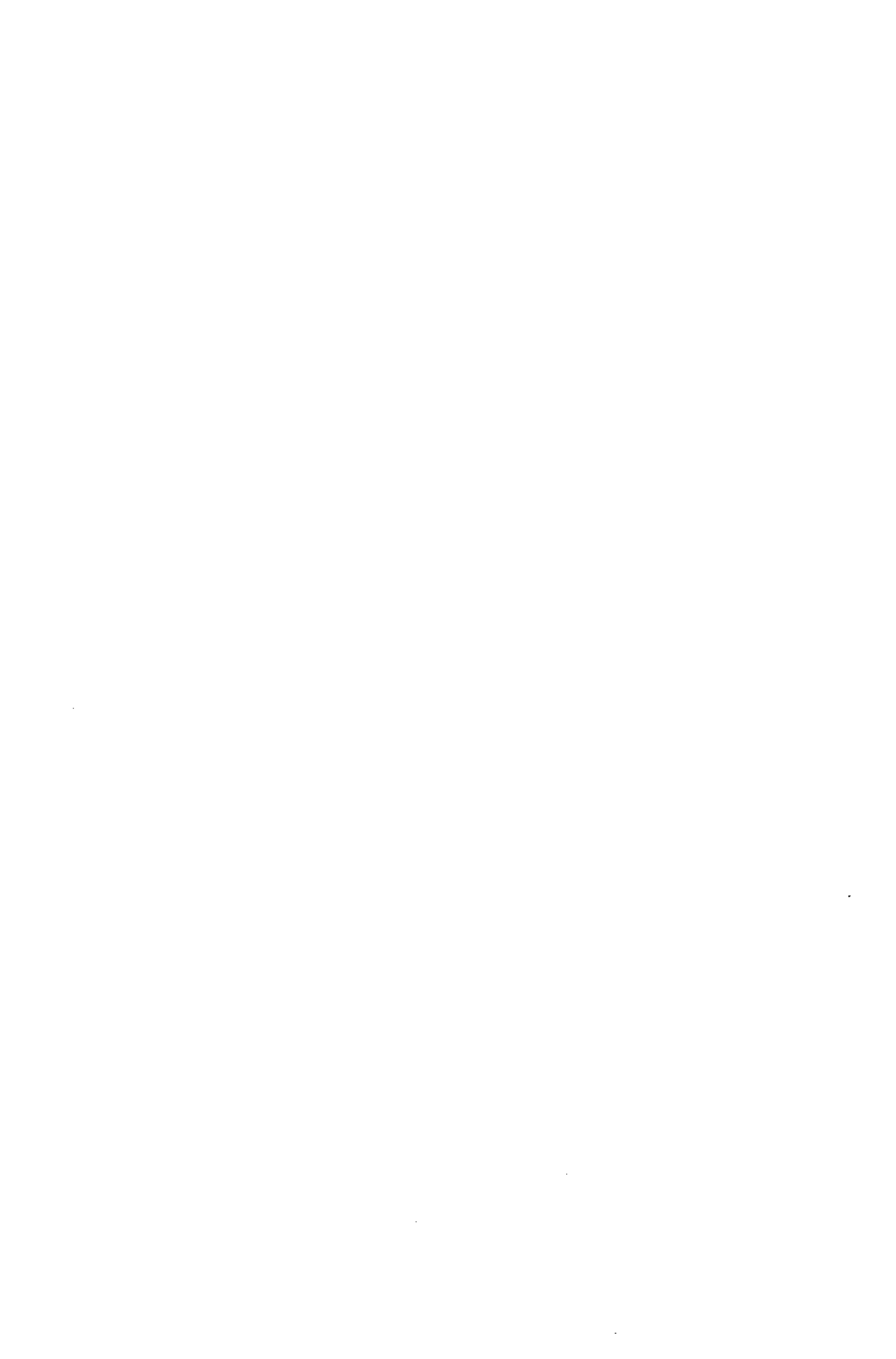




الفصل السابع
التفسير والتأويل

وتُقسم دراسة هذه المواضيع إلى مبحثين:
يُخصص الأول للتفسير
والثاني للتأويل.





المبحث الأول

التفسير

التفسير في اللغة: التأويل، والكشف، والإيضاح، والبيان، والشرح[1].

وفي الاصطلاح: عُرّف بتعريفات لا تخلو من نقص أو زيادة أو عيب آخر، لذا اقترح أن يعرف بأنه: بيان الحكم الواجب التطبيق إذا لم يكن بيّناً.

وهو من حيث الجهة التي تتولاه يُقسم إلى تشريعيّ، فقهيّ، قضائيّ، علميّ.

وتوزع دراسة هذه الأنواع الأربعة على أربعة مطالب.

وجدير بالذكر إن التفسير فعل يُنسب إلى فاعل وهو الشارع في الشرعيّ، والفقيه في الفقهي، والقاضيّ في القضائي، والعالم في العلميّ، والنسبة إلى الشرع والفقه والقضاء والعلم مبنية على المجاز.

المطلب الأول

التفسير التشريعي

التفسير التشريعي: هو الذي يتولاه الشارع أو المشرع[2] أو من يخولانه به. ومن نماذج التفسير التشريعي تخصيص النص العام وتقييد النص المطلق وبيان النص المجمل كالآتي:

أولا: تخصيص النص العام:

تفسير[1] وبيان، لأن العام لم يكن في الأصل عمومه مرداً، وهذا المراد مجهول وغير واضح بالنسبة للمكلف، لأنه لولا التخصيص لعمل بمقتضى العموم، لذا يُعد التخصيص بالنسبة إليه تفسيراً لما هو مراد الشارع، حتى يكون على بيّنة ويعمل بالمراد.

---

(١) لسان العرب فصل ف وحرف الراء. المنجد مادة فسّر.

(٢) مصطلح الشارع يستعمل بالنسبة للشريعة الاسلامية، لأن الصيغة لا تكلّف فيه، بخلاف المشرع فهو يدل على التكلف وتحمل المشقة، لذا يُستعمل في القانون .

ومن تطبيقاته عموم قوله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[٢] ورغم أن لفظ (المطلقات) جمع مؤنث سالم محلى بأل الاستغراق، يُفيد أن كل مطلقة عدتها ثلاثة قروء، غير أن هذا الظاهر غير مرادٍ للشارع، لذا فسّر المراد بأن عدتها ثلاثة قروء اذا كانت مدخولا بها غير حامل ومن ذوات القرء، وذلك بالآيات الآتية:

أ - بيّن سبحانه وتعالى إن المطلقة قبل الدخول لا تجب عليها العدة مطلقاً، في قوله ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ[٣] فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾.[٤]

ب - قال سبحانه وتعالى المطلقة الحامل عدتها وضع حملها في قوله ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾.[٥]

ج - يبيّن سبحانه وتعالى إن المطلقة التي دخلت سن اليأس أو كانت صغيرة دون سن البلوغ، عدتها ثلاثة أشهر في قوله ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾[٦] وجدير بالذكر إن سن اليأس يتراوح بين (٤٥-٦٠) سنة، وهي تختلف باختلاف المرأة والبيئة غالباً.

ثانيا: تقييد المطلق:

تفسير للمطلق وبيان، لكون إطلاقه غير مراد في الأصل، وكون الإطلاق غير مراد بالنص المطلق، غامضٌ ومجهولٌ بالنسبة للمكلف، لذا يُعد تقييده تفسيراً وبياناً للمراد.

ومن تطبيقاته:

أ - اطلق سبحانه وتعالى تحريم الدم في قوله ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾،[٧] غير أن هذا الإطلاق لم يكن مراداً له، وهو غير بيّن بالنسبة للمكلّف،

---

(١) ذهب البعض (كالمالكية) الى انه تأويل، وقال البعض الآخر (كالحنفية) انه نسخ، وكلا الاتجاهين غير دقيق، فالصواب انه تفسير وبيان.

(٢) سورة البقرة/٢٢٨

(٣) أي تدخلوا بهنّ.

(٤) سورة الاحزاب/٤٩

(٥) سورة الطلاق/٤

(٦) سورة الطلاق/٤

(٧) سورة المائدة/٣

لذا فسّره سبحانه وتعالى بأن المراد بالدم المحرّم هو المسفوح، فقال تعالى ﴿قُلْ لا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً﴾.[1] والمراد بالمسفوح هو الدم السائل المتحول من مكانه الأصلي إلى مكان آخر، فهو في حالة تعرضه للهواء خارج مستقره الأصلي يُضر بصحة من يتناوله، لأنه في هذه الحالة يُعد أخصب وسط لنموّ الجراثيم.[2]

ب ـ أطلق سبحانه وتعالى لفظ الوصية في قوله ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً[3] الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ﴾.[4] فهذا المطلق يشمل في ظاهره جواز الوصية بكل التركة أو بثلثيها أو بنصفها أو بثلثها أو غير ذلك، غير أن هذا الإطلاق لم يرده الشارع، وإنما أراد به الثلث فما دون الثلث، وبما أن ذلك مجهول وغامض وغير بيّن بالنسبة للمكلّف، خُوِّل الرسولﷺ تفسيره بتقييده بالثلث فما دون، وذلك بعد إخراج نفقات نقل المتوفى إلى مثواه الأخير، وكذلك بعد إخراج الديون إن وجدت، وذلك فيما روي عن سعد بن أبي وقاص‌ؓ من انه قال: قلت يا رسول الله أنا ذو مال، وفي رواية ـ كثير المال ـ، لا يرثني إلا ابنة واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا. قلت أفأتصدق بشطره -نصفه-؟ قال: لا. قلت أفأتصدق بثلثه؟ قال: الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَبِيرٌ أَوْ كَثِيرٌ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ.[5]

وجميع ما ذكرنا بالنسبة لتكييف تخصيص العام وتقييد المطلق، بأنهما تفسيران شرعيان يسري على تخصيص العام وتقييد المطلق في النصوص القانونية، وقد سبق تمثيل ذلك في البحث عن تخصيص العام وتقييد المطلق في الشريعة والقانون.

ثالثاً: تفسير النص المجمل:

المجمل: هو لفظ لا تكون دلالته على الحكم المراد واضحاً، إما لأنه منقول من

---

(١) سورة الانعام/١٤٥

(٢) الاسلام والطب الحديث، للدكتور عبد العزيز اسماعيل، نقلا عن الاستاذ زكي الدين شعبان ـ أصول الفقه الاسلامي ص٣١

(٣) أي مالا.

(٤) سورة البقرة/١٨٠

(٥) موطأ مالك، كتاب الوصية، باب الوصية في الثلث لا تتعداه.

معناه اللغوي الى معنى شرعي أو قانوني، دون بيان المعنى الجديـد الاصـطلاحي، أو يكون إجماله ناشئاً من غموض النص وعدم وضوح عباراته.

لا خلاف بين علماء الاسلام في ان المجمل في المعنى الأول لا يبقى على حال إجمالـه، وإنما بيّنه الرسولﷺ وفسّره قبل وفاته، بدليل قوله تعـالى ﴿وَأَنزَلْنَـا إِلَيْـكَ الـذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾.

اما المجمل بالمعنى الثاني فقد يبقى على غموضه بعـد وفـاة الرسـولﷺ بالنسـبة لبعض المجتهدين دون بعض، لذا يتكفّل المجتهد بتفسيره وبيانـه بازالـة غموضـه، ومن بيان الرسولﷺ وتفسيره للمجمل بالمعنى الأول ما يلي:

أ ـ تفسير الصلاة في الآيات الآمرة بها بأقواله وأفعاله أمام أصحابه، ثـم قولـه لهـم (صلوا كما رأيتموني أصلي).[1]

ب ـ تفسير الحج بالآيات الآمرة به، بـأداء أركانـه وشـروطه وسـننه ومناسـكه أمـام أصحابه، ثم قوله لهم (خذوا عني مناسككم).[2]

ج ـ بيانه وتفسيره للزكاة في الآيات الآمرة بها بتحديد الأموال التي تجب فيها الزكاة والنصاب[3] فيها والمقدار الذي يجب اخراجه ودفعه للمستحق.[4]

د ـ وبيان أن الأمر بالحج لمرة واحدة، وأما الأمر بالصلاة والصيام فللتكـرار، وهكـذا كل ما تولى النبيﷺ بيانه مما ورد في القرآن الكريم، يُعد تفسيراً تشريعياً.

ميزات التفسير التشريعي:

يتميز التفسير التشريعي من الفقي والقضائي بميزات أهمها ما يلي:

١ـ له قوة المفسَّر من الناحية الالزامية فهو ملزم لكل من يعمل بالمفسر.

٢ـ له طابع الصواب دائماً، فلا يُتصور فيه الخطأ، لأنه يصدر من الشارع.

٣ـ له الأثر الرجعي، لأن حكمه حكم مفسَّره.

---

(١) متفق عليه. أخرجه أصحاب السنن بسند صحيح.

(٢) رواه مسلم من حديث جابر.

(٣) النصاب: المقدار الذي تجب فيه الزكاة من النقود والحبوب والحيوانات وغيرها كعشـرين مثقـالا من الذهب واربعين شاة من الغنم ونحو ذلك

(٤) كقولهﷺ في اربعين شاة شاة وقوله ليس فيما دون خمسة اوسق زكاة

المطلب الثاني

التفسير الفقهي

التفسير الفقهي: هو الذي يتولاه الفقيه، سواء أكان من فقهاء الشريعة ام من فقهاء القانون. فالجهود الاجتهادية من فقهاء الشريعة لاستنباط الاحكام الشرعية من النصوص، إنما هي تفسير لتلك النصوص، لأن الحكم لا يستخرج من النص، الا بعد ان يتبين ويتضح المراد من مصدره. وقد ذكرنا سابقاً ان المصادر التبعية للفقه الإسلامي هي كاشفة، وليست منشئة، لذا تُعد وسائل يستعين بها المجتهد لتفسير النصوص الكلية وإرجاع جزئياتها لها في الاحكام، وعلى سبيل المثل القياس وسيلة لتفسير النص الذي هو مصدر حكم المقيس عليه، فيستخدمه المجتهد لتوسيع هذا النص حتى يشمل المقيس ايضا، وبناءاً على ذلك يكون مصدر حكم المقيس هو النص الدال على حكم المقيس عليه، فعملية القياس إنما هي تفسير لتوسيع شمولية النص غير ان هذا التوسيع عن طريق القياس، لا يجوز للقاضي أو المجتهد ان يقوم به، بالنسبة للقضايا الجزائية، بحيث تؤدي عملية القياس الى استحداث عقوبة أو جريمة غير منصوص عليها، بناءً على قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

وكذلك العمل بالمصلحة في قضية معينة لمعرفة حكمها، إنما هو تفسير للنص الآمر برعاية هذه المصلحة، ومقاصد الشريعة هي مصالح الإنسان، كما نصّ على ذلك قوله تعالى ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾[1]، وقد بيّنا سابقاً ان المراد بالرحمة في هذه الآية هي مصلحة الإنسان، من منفعة يجب جلبها أو مضرة يجب دفعها قبل الوقوع ورفعها بعد الوقوع. وبناءً على ذلك فان جميع آراء واجتهادات فقهاء الاسلام في كافة المذاهب تُعدّ شروحاً وتفاسير لمصادرها الشرعية المباشرة (المصادر المنشئة) أو غير المباشرة (المصادر الكاشفة). وكذلك جميع شروح القانون في جميع فروعه التي قام بها أو يقوم بها فقهاء القانون، كل في حقل اختصاصه، إنما هي تفاسير فقهية للنصوص القانونية، فشرح كلّ مادة من مواد القانون، تفسير فقهي لها، أياً كانت الوسيلة المستعملة من قبل الشارح لإيضاح المادة المُفسرة.

---

[1] سورة الانبياء/ ١٠٧

ومن هذا المنطلق نرى انه لا مبرر لاستعراض أسباب التفسير ووسائله في القانون، وبيان الغموض أو النقص الموجب للتفسير، والاستعانة بالوسائل الايضاحية من الامثلة التي تتكرر في كل بحث وكتاب يتناول تفسير النصوص. لأن أسباب التفسير والوسائل التي يُستعان بها فيه، والأمثلة التي ينقلها البعض من بعض لغرض الايضاح، ليست ثابتة ولا ملائمة لكل قانون غالباً، بل إنها تتغير بتغير القوانين والمصالح والاعراف، في كل قانون وزمان ومكان، لذا نرى ان شروح القانون من أي فقيه قانوني يتمتع بالمؤهلات لتولي هذا الشرح، تُعدّ تفسيراً فقهياً، والتمسك بنقل وبحث بعض أسباب الغموض ووسائل إزالته في كل بحث أو كتاب، يكون من باب العبث وضياع العمر والوقت، لعدم امكان تحديد أسباب الغموض ووسائل إزالته بالنسبة لكل قانون في كل زمان ومكان.

ميزات التفسير الفقهي:

يتميز التفسير الفقهي بالميزات الآتية:

١- التفسير الفقهي لا يكون ملزماً لا للفقيه نفسه ولا لغيره، لكن يجوز العمل به شرعاً وقانوناً ما لم يثبت خطؤه.

٢- التفسير الفقهي قابل للخطأ والصواب، لأن المفسر مجتهد يجتهد في تفسيره، وكل مجتهد كما يصيب يكون معرضاً للخطأ ايضاً، لأنه بشر، فلا عصمة ولا كمال إلا لله الواحد.

٣- التفسير الفقهي بالنسبة للقانون يكون عوناً للمشرع، إذا أبرز المفسر في تفسيره نقصاً أو زيادةً أو غموضاً في مادة، حيث يستفيد المشرع من هذا التفسير حين إعادة النظر في المادة، بتبديلها أو تعديلها.

٤- التفسير الفقهي الشرعي أو القانوني، يُعد عونا للقاضي حين تطبيق النص، لأن القاضي قد لا يصل بأجتهاده الى ما يصل إليه المجتهد في تفسيره، فعلى القاضي أن يكون على اتصال دائم بالتفسير الفقهي، لغرض تحديد النص الواجب التطبيق، غير ان التفسير الفقهي، كما أنه ليس ملزِما للفقيه المفسر أو فقيه آخر، كذلك ليس ملزِماً للقاضي، فله ان يترك تفسيراً ويأخذ بآخر إذا وجده أنسب وأعدل.

المطلب الثالث

التفسير القضائي

مهمة القاضي في التفسير أخطر من مهمة الفقيه، لأن القاضي إذا فسّر النص وأخطأ وحكم بناءً على تفسيره الخاطئ، يضرّ بالطرف المغبون أو المظلوم من أحد الخصمين في حكمه غير العادل، وقد لا يمكن تدارك هذا الخطأ، كما إذا كان الحكم بالإعدام فنُفذ، وإباحة عمل غير مشروع فتم العمل به، بخلاف تفسير الفقيه، فإنه يُمكن تداركه من نفس المفسر أو من مفسر آخر، ثم إن تفسير القاضي لا يقتصر على النص المنوي تطبيقه، بل أول ما يجب عليه هو تكييف الواقعة المرفوعة إليه، أو تكييف تصرف مطلوب بيان حكمه، لأنه ليس بإمكان القاضي تحديد النص الواجب التطبيق، إلا بعد تكييف الواقعة أو التصرف، لأن واقع التكييف هو تطويع الحادث للقانون الذي شرع لمعالجة حكمه.

وكذلك يجب على القاضي في التفسير الإجتهادي في تكييف الظروف المقترنة بالواقعة أو التصرف أو السابقة القضائية، ليتأكد أنها مشددة أو مخففة، لو تردد بين الأمرين حتى يُشدد الحكم في الحالة الأولى ويخففها في الحالة الثانية، ويفسر التردد في الحالة الثالثة لصالح المتهم في القضايا الجزائية، بناءً على قاعدة (المتهم بريء حتى تثبت إدانته)، أو لصالح المدين في القضايا المدنية، بناءً على قاعدة (الشك يُفسر لصالح المدين)، كما يجب على القاضي تفسير الأدلة والبيّنات في الدعوى المرفوعة إليه وتفسير إفادات الخصوم، حتى يصل إلى درجة القناعة في صحة ما يحكم به، وعليه أن يستعين بتفسير الفقهاء وأهل الخبرة، كما يجب عليه أن لا يتوسع في تفسير النص الجزائي كما ذكرنا في التفسير بالقياس، حتى لا يؤدي تفسيره الواسع الى استحداث جريمة أو عقوبة.

ميزات التفسير القضائي:

يتميز التفسير القضائي بميزات أهمها ما يأتي:

١ـ التفسير القضائي ليس ملزما للقاضي نفسه في قضية مماثلة إذا تكررت، ولا لقاض آخر لأنه قد يتعرض للخطأ في تفسيره.

٢ـ القاضي في تفسيره قد يكون مصيباً، وقد يكون مخطئاً، وبناءً على ذلك إذا لم يكن أهلاً للقضاء والاجتهاد والتفسير، أو كان أهلاً ولكن لم يبذل جهوده في التفسير، فإنه

يُعد مقصراً، يتحمل تبعات حكمه المبني على تفسيره الخاطئ، فيُسأل مسؤولية جنائية في الجرائم ومسؤولية مدنية في القضايا غير الجزائية، ولا فرق بين أن يكون الخطأ من قاضي الموضوع، أو السلطة القضائية العليا، تخضع لرقابتها قرارات قاضي الموضوع.

٣- القاضي إذا كان مصيبا في تفسيره، يمكن اعتبار حكمه سابقة قضائية يستند إليه غيره من القضاة في عصره أو بعده. وبوجه خاص إذا كان التفسير من محكمة عليا، كمحكمة التمييز أو محكمة الرقابة الدستورية والسوابق القضائية، وبوجه خاص في القضاء الإنكليزي.

المطلب الرابع

التفسير العلمي

القرآن كون معنوي يشبه الكون المادي من حيث صعوبة تفسير الكونين تفسيراً يحيط بأبعادهما، فكما ان الكون المادي الذي يحوي السماء والارض وما فيهما وما بينهما، لحد الآن علماء الفضاء حيارى أين يبدأ وأين ينتهي هذا الكون المادي، كذلك الكون المعنوي (القرآن) لم يتمكن الفلاسفة والفقهاء والعلماء المفسرون أن يُفسرونه تفسيراً حقيقياً واقعياً، يُحيط بجميع أحكامه الفرعية والإعتقادية والأخلاقية والعبرية، والحقائق الكونية، فمثل هذا التفسير ليس باستطاعة أي فرد أن يقوم به، بل التطور العلمي يتولى في المستقبل تفسير بعض من الآيات الكونية، فالآيات الكونية في القرآن فسّرها المفسرون في العصور السابقة، على أساس الاعتماد على المعاني اللغوية، أو الاستناد الى قصص منقولة غير مبنية على واقع علمي ثابت.

لكن بعد الاكتشافات الفضائية والجيولوجية، ظهر بعض التفاسير العلمية لبعض الآيات الكونية وهي كثيرة، ولكن أقتصر على استعراض نماذج منها، لأن دراستنا هذه تتعلق بالقواعد الأصولية. ومن تلك النماذج:

١ـ تأثير الرياح بين الكهربائية الموجبة والكهربائية السالبة في السحاب، الذي اشار إليه القرآن بمئات السنين، قبل اكتشاف الكهرباء، في آيات منها قوله تعالى ﴿وَأَرْسَلْنَا الرِّيَاحَ لَوَاقِحَ فَأَنزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَسْقَيْنَاكُمُوهُ وَمَا أَنتُمْ لَهُ بِخَازِنِينَ﴾[1].

فسّر المفسرون اللواقح سابقا بأنها للزرع والاشجار، لكن النتيجة التي رتبها القرآن على هذا الإلقاح تتعارض مع هذا التفسير، لأنه لو صح ذلك، لرتّب عليه إنبات الزروع وإخراج الثمر للناس، لا إنزال الماء من السماء، ثم جاء التفسير العلمي الحديث، فبيّن لنا أن المقصود من اللواقح غير معنى تلقيح الزرع (الجمع بين أعضاء التذكير وبيضات التأنيث)، وإنما المراد من ذلك، كما أثبته العلم الحديث والاكتشافات العلمية هو تأثير الرياح في الجمع بين الشحنات الكهربائية الموجبة والشحنات الكهربائية السالبة في السحاب.

فالملاقحة بين قطيرات وقطيرات، أو بين سحاب وسحاب، لا بين زهر وزهر، غير أن هناك شبهاً كبيراً بين اللقاحين النباتي والكهربائي، لأنه في الحالتين عبارة عن الإتحاد التام بين شيئين مضادين متجاذبين، يختص به الشيئان، ويظهر مكانهما شيء ثالث، ففي التلقيح النباتي ينشأ بين خليتين، خلية واحدة لها خواص غير خواص أية منهما. وفي التلقيح الكهربائي ينشأ من بين الكهربائيتين، رعد وبرق، لهما خواص غير خواصهما.

فهذه الآية مظهر من ظاهر الإعجاز المتجدد للقرآن الكريم، لأن تلاقح السحاب وأثره في نزول المطر، أمر كان يجهله الإنسان، حتى كشف عنه العلم الحديث، وهو مثل رائع للتطابق التام بين العلم والقرآن.[2]

٢ـ قانون الجاذبية بين الأجرام الكونية أشار إليها القرآن قبل اكتشاف القوة الجاذبية بين الأجرام الكونية بمئات السنين، في آيات متعددة منها:

قوله تعالى ﴿اللَّهُ الَّذِي رَفَعَ السَّمَاوَاتِ بِغَيْرِ عَمَدٍ تَرَوْنَهَا﴾[3].

قوله تعالى ﴿خَلَقَ السَّمَاوَاتِ بِغَيْرِ عَمَدٍ تَرَوْنَهَا... الآية﴾[4].

---

(١) سورة الحجر/ ٢٢.

(٢) نظرات في القرآن الطبعة الثالثة ص١٤٣ للاستاذ محمد الغزالي.

(٣) سورة الرعد /٢.

(٤) سورة لقمان /١٠.

قوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يُمْسِكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ أَن تَزُولَا﴾[1].

قوله تعالى ﴿وَيُمْسِكُ السَّمَاءَ أَن تَقَعَ عَلَى الْأَرْضِ إِلَّا بِإِذْنِهِ إِنَّ اللَّهَ بِالنَّاسِ لَرَءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾[2].

فهذه الآيات وأمثالها تدل على وجود أعمدة، وهي القوة الجاذبية، ولكنها غير قابلة للرؤية، وقد كان المفسرون (رحمهم الله) فسّروا هذه الآيات وأمثالها، بأن إمساك الأجرام في الكون ليس له أي سبب، سوى أنه بمحض إرادة الله، ناسين أن هذا الكون كله عالم الأسباب والمسببات، فكل ظاهرة من ظواهره، خُلق له سبب مرئي أو غير مرئي، وقد أثبت العلم الحديث أن السبب في علم التصادم بين الأجرام السماوية، ودوران بعضها حول بعض هو القوة الجاذبية بينها، بعد تحديد المسافات ألتي تتلائم مع عمل هذه الجاذبية تحديداً مقدراً، بمقدار يساعد على عدم الاصطدام بينها وعدم السقوط، كما قال سبحانه وتعالى ﴿إِنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ﴾[3] وقال تعالى ﴿وَكُلُّ شَيْءٍ عِندَهُ بِمِقْدَارٍ﴾،[4] وكذلك مردّ استمرار حركاتها ودوران بعضها حول بعض في الفضاء، الى تلك القوة الجاذبية المنظمة بتحديد مسافات بينها، تحول دون الاصطدام بينها، وتساعد على استمرارية دورانها، كما قال سبحانه وتعالى ﴿كُلٌّ فِي فَلَكٍ يَسْبَحُونَ﴾[5]، ان ابتعاد الأجرام السماوية بعضها من بعض على مسافات، متناسبة طردياً مع الكتل نفسها، يشكل أساس توازنها، فكلما تباعدت الأجرام وهنت قوة جذب كل منها للآخرى، وكلما تقاربت تقوت تلك القوة الجاذبية، كما يدل على ذلك ظاهرة المد والجزر في البحار، التي تحدث بسبب قرب القمر من الارض وبعده عنها، ومن البدهي ان التقارب غير المتناسب بين جرمين سماويين، يؤدي حتما الى اصطدامهما، وان الخضوع للتوازن هو الشرط الأساس لعدم وجود الاضطرابات في النظام الكوني.[6]

---

(١) فاطر /٤١.

(٢) سورة الحج /٦٥.

(٣) سورة القمر/٤٩

(٤) سورة الرعد/٨

(٥) سورة الانبياء/٣٣

(٦) الظاهرة القرآنية والعقل للاستاذ علاء الدين شمس الدين المدرس ص٢٢٦.

٣ـ تثبيت القشرة الارضية بالجبال، وقد أثبت العلم الحديث أن الطريقة التي خُلقت بها الجبال، موائمة للثبات، وذلك يتفق تماماً مع معطيات علم الجيولوجيا، وقد أشار القرآن الكريم الى هذه الحقيقة العلمية في آيات، منها قوله تعالى ﴿أَلَمْ نَجْعَلِ الْأَرْضَ مِهَاداً وَالْجِبَالَ أَوْتَاداً﴾[1]. وقوله تعالى ﴿وَأَلْقَى فِي الْأَرْضِ رَوَاسِيَ أَن تَمِيدَ بِكُمْ﴾[2].

وقد وصف سبحانه وتعالى الجبال في هاتين الآيتين وغيرهما، أدق وصف، بأنها أوتاد مغروسة في داخل الأرض بعدة أضعاف أطوالها ـ وإنها رواسي لتثبت القشرة الارضية، كي لا تميد وتتحطم بحركة وحرارة باطن الأرض، المنصهرة في البراكين التي تظهر بين آونة وأخرى.

٤ـ توسع الكون وهو اعظم ظاهرة اكتشفها العلم الحديث، وقد اشار إليه القرآن قبل هذا الاكتشاف بمئات السنين، كما قال سبحانه وتعالى ﴿وَالسَّمَاء بَنَيْنَاهَا بِأَيْدٍ وَإِنَّا لَمُوسِعُونَ﴾[3].

وتوسع الكون يعتمد على معطيات مادية، وذلك من خلال طيف المجرات، وهذا ما اكتشفه عالم الطبيعة (هابل) [4] من أن الكواكب السديمية تبتعد عن سديمتها، كما استنبط عالم الرياضيات (لومتر) من ذلك نظرية امتداد الكون.[5]

ولاكتشاف هذا الاتساع أهمية كبيرة بالنسبة للتقارب بين العلم والقرآن، وبوجه خاص في المجرات التي تبتعد عنّا بسرعة هائلة تقترب من سرعة الضوء.

٥ـ الدعوى الى غزو الفضاء عن طريق السلطة العلمية، أشار إليها القرآن قبل أن يحلم بهذا الغزو الغرب والشرق بمئات السنين، فقال سبحانه وتعالى ﴿يَا مَعْشَرَ الْجِنِّ

---

[1] سورة النبأ/٦ـ ٧

[2] سورة لقمان/١٠

[3] سورة الذاريات/ ٤٧

[4] إدوين بويل هابل (Edwin Powell Hubble) (١٨٨٩-١٩٥٣). فلكي أمريكي أثبت وجود مجراتأخرى عدا المجرة اللبنية. ولد في مارشفيلد بولاية ميسوري بالولايات المتحدة الأمريكية، اشتغل ما بين عامي ١٩١٤-١٩١٧ في مرصد يوركس بجامعة شيكاغو ثم بمرصد جبل ويلسون سنة ١٩١٩ وأخيراً بمرصد جبل بالومَرْ (Mart-Paloner) سنة ١٩٤٨ وفيه قام بتوجيه الأبحاث الجارية بواسطة التلسكوب.

[5] الظاهرة القرآنية والعقل المرجع السابق ص٢٢٩.

وَالْإِنسِ إِنِ اسْتَطَعْتُمْ أَن تَنفُذُوا مِنْ أَقْطَارِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ فَانفُذُوا لَا تَنفُذُونَ إِلَّا بِسُلْطَانٍ﴾[١]

ولو عمل المسلمون بمقتضى هذه الآية، واستخدموا العقل والعلم مع النقل، لكانت كل مركبة قامت بغزو الفضاء إسلامية قبل أن تكون غربية أو شرقية.

ونكتفي بهذا القدر فيما يتعلق بتطبيقات التفسير العلمي في الاكتشافات العلمية الحديثة.

ميزات التفسير العلمي:

للتفسير العلمي أهمية كبيرة من الأوجه الآتية:

١ـ إثبات التطابق بين العلم والقرآن.

٢ـ القرآن دستور نظم حياة الإنسان في الدنيا، اضافة الى تنظيمه للآخره.

٣ـ من أهم فوائد التفسير العلمي للقرآن هو تحول الإنسان المطلع على الاكتشافات العلمية ألتي أشار إليها القرآن الكريم من الايمان التقليدي الى الايمان العلمي، لأن التقليد في الفروع في الشريعة الإسلامية إذا كان مقبولاً، فهو مرفوض في أصول الدين وفي المعتقدات، فيجب على كل انسان ان يستدل بأدلة عقلية على وجود ذات الله وعلى ما يتفرع عن هذا الوجود من المغيبات، ليكون إيمانه غير قابل للتزعزع بتشكيك المشكك.

ولكن من المؤسف ان السواد الاعظم من المسلمين إيمانهم تقليدي، فاعتنقوا الإسلام تقليداً للآباء وغيرهم، ولذا نجد أن تصرفات أكثرهم تتعارض مع اعتناقهم للإسلام والتزامهم بمبادئه.

---

[١] سورة الرحمن/ ٣٣

المبحث الثاني

التأويل

التأويل في اللغة: بيان ما يؤول إليه الأمر. وورد أيضاً بمعنى التفسير والمرجع والمصير[١].

وورد بهذا المعنى الأخير في القرآن، كما في قوله تعالى ﴿**إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً**﴾[٢] أي حَسُنَ جزاءاً، لأن الجزاء هو الذي آل إليه أمر الناس وسار إليه.

وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني عُرِّف بتعريفات متعددة، وأقترح أن يُعرف بالآتي:

التأويل: صرف اللفظ عن معناه الظاهر الراجح، إلى معنى مرجوح يحتمله، لما يدعو إليه من ضرورة أو مصلحة أو عدالة أو نحوها.

الأصل في الكلام هو عدم التأويل، لكن إذا اقتضته ضرورة أو مصلحة أو عدالة، فيصار إليه خلافاً للأصل.

مجال التأويل:

هو كل كلام يحتمل أكثر من معنى واحد، بأن تكون دلالته ظنية، أما ما لم يحتمل أكثر من معنى (حكم)، بأن تكون دلالته عليه قطعية، فلا يجوز فيه التأويل.

ويرى البعض (كالمالكية)[٣] أن كلاً من تخصيص العام وتقييد المطلق، يُكيّف بأنه تأويل، لكن هذا يتعارض مع الواقع، لأن التأويل لا يكون إلا من المجتهد أو القاضي أو المفتي، بينما التخصيص والتقييد غالباً يكونان من الشارع أو المشرع.

مشروعية التأويل:

الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح الإنسان، لأن القرآن الكريم حصر الغاية من الرسالة المحمدية في المصلحة البشرية في قوله تعالى ﴿**وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ**﴾[١]،

---

(١) لسان العرب فصل الألف حرف اللام

(٢) سورة النساء/٥٩

(٣) مفتاح الاصول الى علم الاصول للتلمساني المالكي. التأويل السابع التخصيص والتأويل الثامن التقييدص١٠٧

وقد سبق بيان أن الرحمة في هذه الآية هي مصلحة إيجابية (منفعة مستجلبة) أو مصلحة سلبية (مفسدة مستدرأة). وبناءاً على ذلك كلما اقتضت مصلحة مشروعة تأويل نص شرعي أو قانوني، يكون قابلاً للتأويل على المجتهد أو القاضي اللجوء اليه لتحقيق تلك المصلحة.

ومن الواضح ان كل قانون في دول العالم يشرع ويعدل ويلغى بناء على مقتضيات المصالح العامة.

وبعد هذه المقدمة توزع دراسة التأويل من الناحية الشكلية على ثلاثة مطالب:
الأول لشروط التأويل والثاني لأنواعه والثالث لمقارنته بالتفسير.

المطلب الأول

شروط التأويل

يُشترط لصحة التأويل توافر شروط، أهمها ما يأتي:

١ـ صلاحية اللفظ (أو الكلام) للتأويل، بأن يحتمل أكثر من معنى (حكم) واحد، فإذا كانت دلالته قطعية لا يُحتمل إلا معنى واحداً أو (حكما واحداً)، فلا مجال لتأويله. وعلى سبيل المثل قوله سبحانه وتعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾[٢] لا يقبل التأويل، والعدول من هذا الفرق والمساواة في الميراث بين الذكر والأنثى، بحجة مساواتهما في الحياة العملية وفي الاحتكاك بالمجتمع، لأن هذا النص القرآني قطعي الدلالة، فلا يقبل التأويل والتغيير، ثم إن التمييز بين الذكر والانثى في الميراث، إنما هو لتحقيق المساواة بينهما، وهي التوازان بين الحقوق والالتزامات، فالحياة مهما تطورت، لا تجعل التزامات المرأة مساوية لالتزامات الرجل، لأن طبيعة تكوينهما الذاتي تأبى ذلك، كما هو واضح لمن يستخدم عقله السليم[٣] وكذلك قوله

---

(١) سورة الانبياء/ ١٠٧

(٢) سورة النساء/ ١١

(٣) لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع ينظر مؤلفنا حكم احكام القرآن ص ، كما ذكرنا سابقاً.

تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[1] لا يقبل التأويل، بحيث يعفى عمال المعامل والمصانع من الصيام بحجة قيام المشقة، كما في حالتي المرض والسفر، لأن في هاتين الحالتين يوجد مجال القضاء، بخلاف العامل المستمر في العمل. وكذا لا يجوز تبديل شهر رمضان بشهر آخر للصيام، لان لفظ شهر رمضان قطعي الدلالة على الشهر المخصص للصيام.

٢ـ كون اللفظ موافقاً لوضع اللغة أو عرف الاستعمال لاصطلاح الشرع، بأن يكون المعنى الذي أُوِّل إليه اللفظ، من المعاني التي يحتملها هذا اللفظ ويدل عليها، ولو على سبيل المجاز، وأما إذا كان من المعاني التي لا يحتملها اللفظ أو الكلام، ولا يدل عليها بوجه من الوجوه، فلا يصح تأويله. ومن تطبيقات هذا الشرط إن من أوصى لأولاد أخيه بمال، وبعد موت الموصي وجد القاضي أن أخاه المذكور في الوصية ليس له أولاد، ولكن له أولاد الأولاد، فعليه أن يحكم بالوصية لهم، بتأويل الأولاد بأولاد الأولاد، بناءً على قاعدة (إذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز)[2].

٣ـ قيام دليل من الكتاب أو السنة أو الاجماع على إرادة الشارع للمعنى المؤولـ إذ يجب أن يكون التأويل مبنياً على دليل شرعي يصلح لصرف اللفظ عن معناه الظاهر الى معناه المرجوح، سواء كان هذا الدليل الشرعي نصاً شرعياً، أو إجماعاً، أو قياساً، أو مبدء من مبادئ الشريعة والقانون. وعلى سبيل المثل، إذا كان العقد باطلاً، ولكن توافرت فيه عناصر تصرف آخر، يتحول الباطل الى هذا التصرف، بناءً على قاعدة (إِذَا بَطَلَ الْأَصْلُ يُصَارُ إِلَى الْبَدَلِ)[3]، وكذلك قاعدة (إِعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إِهْمَالِهِ)[4].

وبناءً على ذلك من تعهد لشخص أن يكون وارثاً له، ولا توجد بينهما علاقة القرابة أو الزوجية، يبطل التعهد ويتحول إلى الوصية، فيُعطى للمتعهد له، بعد وفاة المتعهد، حصة وارث من ورثته، على أساس الوصية، لا على أساس الميراث.

---

(١) سورة البقرة/ ١٨٣

(٢) مجلة الاحكام العدلية المادة (٦١)

(٣) مجلة المجلة المادة (٥٣)

(٤) المجلة المادة (٦٠)

٤ـ التقديم والتأخير[1] والأصل هو الالتزام بالترتيب الذي يرد به النص، والتقديم والتأخير يُعتبر خلافاً للأصل وتأويلا. ومن أمثلة ذلك ما أفتى به الفقيه يحيى بن يحي الليثي، تلميذ الإمام مالك (رحمه الله)، من وجوب التكفير بالصيام على أحد ملوك المغرب، حين أفطر بالمعاشرة الجنسية مع زوجته عامداً في نهار رمضان، فأوجب عليه التكفير بالصيام الشاق دون عتق الرقبة الذي لا يردع مثله عن مثل هذه الجريمة، مع أن الترتيب الوارد في النص هو تقديم العتق على الصيام، كما جاء في الحديث الشريف من ((أن رجلا أتى النبيﷺ قال: هلكت يا رسول الله، قال: ما شأنك؟ قال: وقعت إمرأتي في رمضان، قال: فهل تجد رقبة تعتقها؟ قال: لا، قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا، قال: فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكيناً، إلى آخره))،. ومن الجدير بالذكر أن هذا التأويل وإن كان منطقياً بالنسبة لتحقيق الغاية المرجوة من تشريع الحكم، إلاّ أنه استبعده فقهاء الشريعة.

٥- أن يكون هناك ما يدعو الى التأويل وترك العمل بظاهر النص، كرعاية ضرورة أو عدالة أو مصلحة أو أي مبرر شرعي آخر، كالامثلة التي ذكرناها في الفقرتين (٢، ٣).

٦ـ أن يكون القائم بالتأويل أهلاً للإجتهاد، لأنه عملية اجتهادية يشترط أن تتوافر فيمن يتولاه مؤهلات الاجتهاد، بأن يكون من أصحاب ملكة فقهية، تمكنه من فهم روح النص والعمل بمقتضاه، أخذاً بالعدالة دون الأخذ بحرفية النص، إذا كان ذلك يتنافى مع العدالة والمصلحة العامة. وعلى سبيل المثل قوله تعالى ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾[2]، لا يصح الأخذ بحرفية هذه الآية القرآنية، والقول بأن القاتل والمقتول يجب أن يكونا متعادلين، لأنه إذا أُخذ بهذا الظاهر، فإن كل من يريد أن يقتل شخصاً، يأتي بآخر حتى لا يؤخذ منه القصاص. وبناءً على ذلك أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم الأخذ بحرفية وظاهر هذه الآية، وعلى أنه إذا اشترك أكثر من واحد في قتل واحد، فيأخذ القصاص من الكل حماية لأرواح الأبرياء.

---

[1] انظر مفتاح الوصول في علم الأصول ص١٠٠، أصول التشريع الإسلامي علي حسب الله. ط/٤ ص١٤٤.

[2] سورة المائدة/ ٤٥

المطلب الثاني

انواع التأويل

التأويل، إما صحيح ومقبول، أو غير صحيح ومرفوض.

والتأويل الصحيح، قسّمهُ الفقهاء من حيث مدى تحول اللفظ له، الى نوعين: قريب وبعيد:

النوع الأول: التأويل القريب:

وهو الذي يتبادر الذهن إليه ويكفي في إثباته أدنى دليل شرعي، ومن تطبيقاته ما يأتي:

١ـ تأويل الشافعي (رحمه الله) لما ظهر من المرأة في قوله تعالى ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾[1]، بأن المراد منه الوجه والكفان، إذ هما مظنّة الظهور، فهو تأويل قريب متبادر الى الفهم، لأن الوجه والكفين هما أوّل ما يُقصد بالإستثناء في ظهور الزينة، لعدم الاستثناء عن إظهارها عادة.

٢ـ تأويل القيام الى الصلاة بالعزم عليها، في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاةِ فاغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ.. الآية﴾[2]، فالقيام الى الصلاة معناه الظاهر معروف في هذه الآية، ولكن يؤول بالعزم دون المباشرة، لأن الله لا يطلب من المكلف الوضوء بعد الشروع في الصلاة، فالوضوء من شروطها، والشرط يتقدم على مشروطه، فلا يكون مقارناً أو متأخراً.

٣ـ تأويل (إذا حكم) بإذا أراد أن يحكم، في قول الرسولﷺ ((إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران، وإذا حكم وأخطأ فله أجر))[3]، لأن الإجتهاد يكون قبل الحكم لا معه ولا بعده.

٤ـ تأويل (رُفع عن أمتي الخطأ) برفع المؤاخذة والمسؤولية الجنائية، في قول الرسولﷺ ((رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))[1]، لأن صدور الخطأ من أمة

---

[1] سورة النور/٢١

[2] سورة المائدة/٦

[3] صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ.

محمد من البديهيات، لا يمكن إنكاره، لذا يؤول الرفع برفع المسؤولية الجنائية وعدم العقاب، لكن المسؤولية المدنية لا ترفع بالخطأ، فمن أتلف مال الغير خطأ، يجب عليه التعويض، لأنه يكفي للإلتزام بالتعويض أن يكون هناك فعل ضار غير مشروع ترتب عليه ضرر الغير، سواء صدر هذا الفعل من إنسان مدرك واعٍ كامل الاهلية أو لا.

النوع الثاني: التأويل البعيد:

وهو الذي لا يتبادر الى الذهن ويحتاج الى مرجع يرجحه ومن تطبيقاته:

١ـ تأويل الحنفية ل(إطعام ستين مسكيناً) في قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً... الآية﴾[2] بما يشمل ستين مسكينا في يوم واحد، أو مسكينا واحداً في ستين يوما، فقالوا إن المراد إطعام ستين مسكينا في يوم واحد، أو إطعام مسكين واحد في ستين يوماً، لأن الثاني بمثابة حاجة ستين مسكيناً في يوم واحد. وقال غير الحنفية إنه تأويل بعيد، لأن فيه اعتبار لفظ لم يُذكر في الآية، وهو (إطعام)، والغاء لما هو منصوص عليه، وهو العدد ستين. ونرى أن تأويل الحنفية معقول ومقبول، لأن التغيير الوارد في تأويلهم بالنسبة للآية لم يكن مقصوداً لذاته، وإنما لغرض التأويل الذي عمّ مجال تطبيق الآية، بناءً على أساس حاجة المسكين.

وجدير بالذكر أن الظهار وهو تشبيه الزوج زوجته بإحدى محارمه ـ كأمه وأخته ـ قبل الإسلام كان طلاقاً، فألغاه الإسلام باعتباره طلاقاً، لكن حرّمه، لأنه إساءة بالعلاقة الزوجية، كما حرّم المعاشرة الزوجية قبل دفع الكفارة الواردة، على سبيل التسلسل والترتيب في هذه الآية، وهي عتق رقبة، فإن لم توجد، فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً.

٢ـ تأويل الحنفية للفظ شاة في قول الرسول ﷺ ((في كل اربعين شاتاً شاة)) بما يشمل ذاتها وقيمتها، فقالوا أن المراد من (أربعين شاتاً شاة) وهو الشاة ذاتها أو قيمتها

---

(١) ابن حزم في المحلى ١٩٣/٥.

(٢) سورة المجادلة /٣ـ٤.

الحقيقية، على أساس إن حكمة وجوب الزكاة سد حاجة من يستحقها، وهذه الحاجة كما تسد بذات الشاة، تسد أيضا بقيمتها بسعر السوق.

ومن وجهة نظري: إن الحنفية على الصواب، ذلك لأن من يستلم الشاة، لا يريدها لذاتها غالبا، وإنما لبيعها وسد حاجة من حاجاته بثمنها، فإذا دفعت لهذا المستحق المحتاج القيمة الحقيقية للشاة، يكون ذلك من مصلحته، لأن نقلها للسوق لبيعها قد يُكلف عليه نفقات.

ومن تطبيقات التأويل في القانون، تأويل الليل بظلامه (اي الدجى)، لاعتباره ظرفا مشدداً لعقوبة جريمة السرقة في المادة (٤٤٠) من قانون العقوبات العراقي القائم.[1]

والليل الفلكي عبارة عن ما بين غروب الشمس وشروقها، ولاعتباره ظرفاً مشدداً للعقوبة، إذا فُسِّرَ الليل بالليل الفلكي كما هو ظاهر النص، فإنه لا يتلائم مع حكمة تشديد العقوبة، وهي الرهبة والوحشة والخوف أثناء الليل، وهذه الحكمة لا تتحقق خلال (١٥-٢٠) دقيقة قبل شروق الشمس وبعد غروبها، لأن هذه المدة الزمنية خالية من الظلام المولد للرهبة، فهي كالنهار، فإذا أرتكب الجاني جريمة السرقة في تلك المدة الزمنية، قبل الشروق أو بعد الغروب لا تتحقق حكمة التشديد، وبناءً على ذلك يجب أن يؤول هذه النص القانوني بأن المراد به ظلام الليل، دون الليل الفلكي نفسه. وفي هذه الصورة التأويل والتفسير يلتقيان.

---

(1) نص المادة (يعاقب بالسجن المؤبد والمؤقت من ارتكب جريمة سرقة اجتمعت فيها الظروف التالية: ١ـ وقوعها بين غروب الشمس وشروقها).

المطلب الثالث

الموازنة بين التأويل والتفسير

التأويل والتفسير يتفقان من بعض الأوجه:

١ـ منها إن كلاً منهما ـ باستثناء التفسير التشريعي ـ عملية إجتهادية، يجب أن تتوافر فيمن يتولاه أهلية الإجتهاد.

٢ـ مجال كل منهما الأدلة الظنية من حيث الدلالة، فإذا كان النص قطعي الدلالة على المعنى (الحكم)، فلا مبرر للتفسير والتأويل، لأن النص القابل لهما، يجب أن يكون ظني الدلالة دائماً، سواء أكان قطعي الثبوت أيضا كالقرآن، أو كان ظني الثبوت كحديث الآحاد، كما في قول الرسولﷺ ((أعطوا الجدة السدس))، هذا الحديث قبل الإجماع على العمل بمقتضاه، كان ظني الثبوت، ولكنه قطعي الدلالة، قبل الاجماع وبعده، فلا مجال للتأويل فيه.

٣ـ كل منهما يحتاج الى دليل شرعي أو قانوني يبرره.

ورغم اتفاقهما في النقاط المذكورة، فإنهما يختلفان في كثير من الأمور الجوهرية، ومنها ما يأتي:

١ـ **من حيث الماهية:** ماهية التفسير هي بيان الحكم الواجب التطبيق، إذا لم يكن بيّنا. بينما ماهية التأويل عبارة عن صرف اللفظ عن معناه الظاهر الراجح، الى معنى مرجوح يحتمله لما يدعو اليه.

٢ـ **من حيث المصدر:** نطاق التفسير أوسع من التأويل، فالتأويل لا يكون إلا من الفقيه أو القاضي أو المفتي، ولا يُتصور صدوره من المشرع، لأنه لا يعقل أن يلجأ الشارع أو المشرع إلى تأويل كلام نفسه، ثم إن مصدر التفسير قد يكون التطور العلمي والاكتشافات الجديدة، كما في التفسير العلمي، بخلاف التأويل.

٣ـ **من حيث الوسائل:** وسائل التفسير تختلف عن وسائل التأويل، فالمفسر قد يستعين بنص آخر قريب من النص المُفسَّر، وقد يستعين بالأسباب الموجبة وبالمذكرة الايضاحية، أو المصادر التأريخية وغيرها، بينما في التأويل لا ينظر المؤول إلا إلى ما يُبرر العدول من الراجح إلى المرجوح.

٤ـ **من حيث المبررات:** فالمبرر للتفسير عدم وضوح دلالة النص على الحكم المراد دلالة واضحة قطعية، بينما المبرر للتأويل هو رعاية المصلحة أو الضرورة أو العدالة أو نحو ذلك.

٥ـ **من حيث الالزام والالتزام:** إن القاضي ملزم باللجوء الى التفسير، وبوجه خاص في القضايا المدنية، فلا يحق له أن يمتنع عن تطبيق النص بحجة عدم وضوحه، أو عدم تحديد المعنى المراد منه، بخلاف التأويل، فالقاضي غير مُلزم باللجوء إليه، فإن امتنع عنه لا يسأل ولا يُحاسب، كما يُسأل ويُحاسب على الامتناع عن التفسير.

٦ـ **من حيث الأثر:** التفسير التشريعي يكون بأثر رجعي الى تأريخ تشريع النص المفسر، بخلاف التأويل، فإنه لا يُستخدم إلا للمستقبل.

٧ـ **من حيث الأنواع:** فالتأويل يُقسم الى القريب والبعيد، بينما التفسير يُقسم الى الشرعي والفقهي والقضائي والعلمي.

٨ـ **من حيث العمل به:** في التفسير يعمل بالمفسَّر نفسِهِ، بينما في التأويل يُترك المعنى الأصلي الراجح، ويُعمل بالمعنى الاستثنائي المرجوح.

٩ـ **من حيث التوسع:** التفسير قد يؤدي الى توسيع النص، كما إذا كانت الوسيلة المستعملة فيه قياسا أو مصلحةً، لكن هذا التوسيع يؤخذ به في القضايا المدنية دون الجزائية، فلا يجوز التوسّع فيها، حتى لا يؤدي إلى استحداث جريمة أو عقوبة، خلافاً لقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، بخلاف التأويل، فإنه لا توسع فيه غالباً، لأنه خلاف الأصل.

١٠ـ **من حيث الكون:** التفسير كما يكون بالأقوال، كذلك يكون بالأفعال، كما فسّر الرسولﷺ الصلاة بأقواله وأفعاله، ألتي هي أركان وشروط الصلاة، بمرأى من أصحابه، ثم قال لهم ((صلوا كما رأيتموني أصلي))، ومن البيان والتفسير والأفعال، إشارة الأخرس بموجب القاعدة الشرعية والقانونية العامة. (الْإِشَارَاتُ الْمَعْهُودَةُ لِلْأَخْرَسِ كَالْبَيَانِ بِاللِّسَانِ)[1]، بخلاف التأويل، فإنه لا يكون إلا بالأقوال.

١١ـ قد يكون السكوت بياناً وتفسيراً للمعنى (الحكم المراد)، كما نصّت على ذلك القاعدة الشرعية والقانونية (السُّكُوتَ فِي مَعْرِضِ الْحَاجَةِ بَيَانٌ)[2]. وعلى سبيل

---

[1] مجلة الاحكام العدلية المادة (٧٠)

[2] مجلة الاحكام العدلية المادة (٦٧)

المثل، الولي إذا رأى القاصر المميز، ألذي تحت ولايتـه، يُمـارس الأعمـال التجاريـة، فسكت، فسكوته يُفسر بأنه إذنٌ، فتنعقد عقود معاوضاته نافذة، دون التوقف علـى إجازته.[١]

١٢ـ **من حيث الدلالة:** التفسير يكون بالنسبة للدال على الحكم غالباً، بينما التأويـل يكون بالنسبة للمدلول غالباً.

١٣ـ **من حيث الغرض:** فالغرض من التأويل رعاية ضرورة أو مصلحة أو عدالة أو نحو ذلك، بينما الغرض من التفسير تحديد الحكم الواجب التطبيق.

١٤ـ **من حيث الأصالة:** التأويل خلاف الأصل، فالأصل في الكلام هو العمل بأصله كما هو، بينما التفسير موافق للأصل.

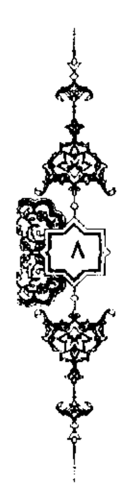
١٥ـ التأويل لا يجري إلا في النصوص والكلام، بينما التفسير كمـا يكـون للـنص، فقـد يكون لغيره، وبوجه خاص التفسير القضائي، يشـمل تكييـف الواقعـة أو التصـرف، والتكييف تفسير لبيان طبيعة موضوع الـدعوى، لغـرض تحديـد القـانون الواجـب التطبيق.

(١) كشف الاسرار ٣/١٥١. اصول السرخسي٢/٥١.



الفصل الثامن
الاجتهاد والتقليد

توزع دراسة الموضوع على مبحثين الأول في الاجتهاد والثاني في التقليد .





المبحث الأول

الاجتهاد

شروطه. اهميته. مجاله.

الاجتهاد: هو بذل المُؤَهَّل طاقته[1] لكشف الحكم المطلوب ولا يقتصر الاجتهاد على اكتشاف الأحكام الشرعية، بل لكل إنسان أن يجتهد في حقل اختصاصه، اذا توافرت فيه مؤهلات هذا الاجتهاد.

وجدير بالذكر إن لله تعالى في كل تصرف من تصرفات الإنسان ولكل واقعة ذا ت صلة بالإنسان حكمين:

احدهما: للظروف الاعتيادية ويسمى العزيمة.

والثاني: للظروف الاستثنائية حين قيام الأعذار الشرعية ويسمى الرخصة. فالرخصة تكون إما في تأخير الأداء إلى زوال العذر كالإفطار في السفر،[2] وإما أن تكون بتبديل الحكم الأصلي ببدل يحل محله، إذا لم يكن العذر قابلاً للزوال كالمرض المزمن أو الشيخوخة، فيبدل الصيام بالكفارة.

وبناء على هذه الحقيقة يكون تعريف بعض[3] علماء أصول الفقه الرخصة بأنها (تغير الحكم من صعوبة إلى سهولة لعذر مع قيام سبب الحكم الأصلي) غير دقيق لان حكم الله لا يتغير وإنما يتبدل كما ذكرنا فالصواب أن تعرف بأنها: تبدل الحكم من صعوبة إلى سهولة لعذر مع قيام سبب الحكم الأصلي.

شروط أهلية الاجتهاد:

يشترط لهذه الأهلية بالنسبة لاكتشاف الأحكام الشرعية شروط أهمها ثلاثة:

---

(1) الطاقة الفكرية (المعنوية) والطاقة البدنية (المادية)

(2) فالصيام اداءه واجب في شهر رمضان اذا لم يكن للمكلف عذر يبرر تأخير الاداء أو تبديله ببدل وذلك بمقتضى قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ أَيَّاماً مَّعْدُودَاتٍ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ... الاية) البقرة/١٨٣-١٨٤

(3) كابن السبكي في كتابه جمع الجوامع ١/١١٩

الشرط الأول: فهم روح الشريعة الإسلامية (القرآن والسنة النبوية) ومقاصدها فهماً بعيداً عن التقليد والتمسك بالقشور وهذا الفهم عادة يتوقف على توافر إمكانيات علمية ذاتية ومكتسبة.

أ ـ **الإمكانيات الذاتية:** هي العقلية الناضجة، والاستعداد الذاتي، والتحلي بالفضائل، والتخلي عن الرذائل، والجرأة ونحو ذلك.

ب ـ **الإمكانيات المكتسبة:** هي الخبرة العلمية المكتسبة من تعلم وتعليم العلوم الآلية (أصول الفقه، القواعد النحوية والصرفية، المنطق، الفلسفة) مع قيام الشعور بأن هذه العلوم الآلية وسائل لغيرها وليست غايات لذاتها[1].

الشرط الثاني: فهم روح الحياة وجوهرها، وفهم متطلباتها ومستلزماتها، وفهم مصالحها ومفاسدها، وفهم أن الأحكام المبنية على الأعراف والمصالح تتغير بتغيرها في كل زمان ومكان وفهم أن لكل تصرف وواقعة في الحياة حكماً لله تعالى يجب على كل متمكن اكتشافه.

---

[1] في سنة ١٩٤٧ كنت ادرس في مدرستي الدينية في قرية (سرسيان) التابعة لمحافظة السليمانية، زارني المرحوم الشيخ حسين البوسكيني من شيوخ عشائر البشدر، وصادف مجيئه تدريسي لكتاب برهان الكلنبوي في علم المنطق، فاردت تأجيل الدرس فقال استمر اريد ان استمع وانتفع بدرسك، فكنت حينئذ اشرح تقسيم القضية الى الحملية والشرطية مع تعليقات وحواشي البنجويني والقرة داغي (رحمهما الله)، وبعد انتهاء الدرس قال ما هي فائدة هذا العلم للاسلام والمسلمين؟

قلت هذا العلم مع علم اصول الفقه والفلسفة والنحو والصرف، علوم آلية، فهي بمثابة المفتاح لفتح باب القرآن والسنة النبوية واستخراج كنوزهما واستثمار هذه الكنوز لنفع الاسلام والمسلمين.

فقال: انت وامثالك منذ دخولكم المدرسة الدينية تعلماً وتعليماً، تبذلون الجهود لصنع هذا المفتاح ثم تنتقلون الى مثواكم الاخير بدون ان تفتحوا بابا من أبواب القرآن والسنة النبوية، لإستخراج حكم جديد يتلائم مع زمنكم وظروفكم، بل ترددون ما قيل للماضي سواء كان صالحا للحال أو المآل أو غير صالح. اذن وجود هذا المفتاح وعدمه سيان.

اقول للتأريخ لم انتفع باي درس من دروس حياتي بمثل ما انتفعت بهذا الدرس من معلم مستواه العلمي اكمال السادس الابتدائي ولكن مستواه العقلي فوق مستوى كل من يدرّس العلوم الآلية عشرات السنين وهو لا يشعر بان الانشغال بالوسائل بمعزل عن غاياتها من ضياع العمر والوقت، وهما لا يرجعان ولا يُعوضان بعد فواتهما.

الشرط الثالث: الفهم الصحيح للصلة بين مقاصد الشريعة الإسلامية ـ وهي خاتمة الشرائع الإلهية ـ وبين مستلزمات الحياة وفهم أن الآيات القرآنية التي تناولت أحكام الصلاة والصيام والزكاة والحج لا تتجاوز ٥٪ من القرآن وان ٩٥٪ منه نظام واقتصاد وصناعة وسياسة وإدارة وقيم وأخلاق وعلم، وأمر بالتعاون والتضامن والتسامح ودعوة إلى التفكر في خلق السموات والأرض واختلاف الليل والنهار والسحاب والرياح[1] وسائر الكائنات الثابتة والمتغيرة الحية والجامدة حتى يستثمرها وينتفع بها كما انتفع بها العالم غير الإسلامي. ونهى الإنسان عن أن ينسى نصيبه من الدنيا[2] من الكائنات الحية والجمادات بل عليه أن يعمل لدنياه كانه يعيش أبدا ويعمل لآخرته كانه يموت غدا وبيّن للإنسان إن العبد الصالح هو الذي يستثمر الأرض وخيراتها لينتفع بها هو وغيره[3] وأكد إن الإنسان لا يجني إلا ثمرة عمله[4]. كما قال تعالى ﴿وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا﴾.[5]

وقد أهملت تعداد الشروط التقليدية للاجتهاد، وهي الذكورة والحرية والعدالة والإسلام وغيرها من الشروط التي لا تصلح لهذا العصر والعصور القادمة.[6]

اهمية الاجتهاد:

للاجتهاد أهمية كبيرة في حياة الإنسان بوجه عام وحياة المسلم بوجه خاص لأسباب كثيرة أهمها ما يأتي:

---

(١) قال تعالى (إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَاخْتِلاَفِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَالْفُلْكِ الَّتِي تَجْرِي فِي الْبَحْرِ بِمَا يَنفَعُ النَّاسَ وَمَا أَنزَلَ اللّهُ مِنَ السَّمَاء مِن مَّاء فَأَحْيَا بِهِ الأرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا وَبَثَّ فِيهَا مِن كُلِّ دَآبَّةٍ وَتَصْرِيفِ الرِّيَاحِ وَالسَّحَابِ الْمُسَخِّرِ بَيْنَ السَّمَاء وَالأَرْضِ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ) البقرة/١٦٤

(٢) قال تعالى (وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِن كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ وَلَا تَبْغِ الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ) سورة القصص/٧٧.

(٣) قال تعالى (وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزَّبُورِ مِن بَعْدِ الذِّكْرِ أَنَّ الْأَرْضَ يَرِثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ) الأنبياء/١٠٥، والصالح في هذه الآية هو من يحسن استثمار الارض كمزرعة لدنياه وآخرته.

(٤) قال تعالى (وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَى) سورة النجم/٣٩

(٥) القصص : ٧٧

(٦) المرأة قد تكون أمهر من الرجل بعد أن دخلت معركة الحياة، وتقسيم الإنسان إلى الحر والعبد، ألغاه القرآن من غير رجعة، والإسلام شرط للإجتهاد في الأمور الدينية، أما في القضايا الدنيوية، قد يكون غير المسلم أكثر أهلية وكفاءة.

أولا: نصوص الشريعة الإسلامية متناهية وتصرفات الإنسان والوقائع ذات الصلة بالإنسان غير متناهية فلا يمكن إحاطة غير المتناهي بالمتناهي إلا عن طريق الاجتهاد بإرجاع الجزئيات إلى كلياتها.

ثانياً: القرآن الكريم كما ذكرنا سابقاً اقتصر على المبادئ العامة والقواعد الكلية وخول العقل البشري إرجاع الجزئيات إلى تلك الكليات في كل زمان ومكان، حسب متطلبات الحياة. ومن الواضح أن عملية الإرجاع هي عملية اجتهادية تتم عن طريق الاستعانة بالمصادر الكاشفة من قياس أو استحسان أو مصلحة أو غيرها من المصادر الأخرى التي سبق بيانها.

ثالثا: بعض الأحكام الشرعية الاجتهادية في الفقه الإسلامي بنيت سابقاً على رعاية الأعراف والمصالح البشرية القائمة آنذاك ومن البدهي إن الأعراف والمصالح أمور غير ثابتة وإنما هي تتغير بتغير الزمان والمكان وتطور الحياة والحضارة البشرية لذا من الضروري إعادة النظر في تلك الأحكام الفقهية السابقة، كما تقضي بذلك القاعدة الشرعية المعترف بها قديماً وحديثاً (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)[1].

رابعاً: العلم في تطور مستمر نحو اكتشاف المستجدات في العالمين الطبي والتكنلوجي ومنذ انتهاء الحرب العالمية الثانية بدأت المستجدات والمكتشفات العلمية والطبية تظهر يوماً بعد يوم، كأطفال الأنابيب والجين البشري والاستنساخ البشري والتعامل مع بنوك العالم عن طريق أنترنت ونحو ذلك من آلاف المستجدات والمكتشفات العلمية والطبية، فأكثرها لحد الآن لم نجد حكمها الشرعي من حلٍ أو حرمةٍ لعدم وجود هذا الحكم في المراجع الفقهية الإسلامية التي سبقت هذه الحوادث من جهة ولغياب الاجتهاد من أهله في هذا المضمار من جهة أخرى.

خامساً: كل ما حدث في الماضي ويحدث في المستقبل منوط بسبب معين لان العالم الذي يعيش فيه الإنسان عالم الأسباب ومن الواضح أن الحدث اذا لم يعرف سببه ونتائجه لا يعرف حكمه. وبناء على ذلك يكون الاجتهاد ضرورياً لتكييف كل حدث وتحليله وتعليله واستنتاج نتائجه حتى يمكن الحصول على حكمه من المشروعية أو عدم المشروعية.

---

[1] مجلة الاحكام العدلية المادة (٣٩).

سادساً: فرض الإسلام على كل بالغ عاقل حماية مصالحه الضرورية ومصالح غيره من الدين والعرض والحياة والمال والعقل وهذه الحماية لا تكون إلا عن طريق توفير واستخدام الوسائل الدفاعية كلما تعرضت هذه المصالح للاعتداء. ومن الواضح أن هذه المسائل تطورت يتطور الزمان فالقران يتضمن كثيراً من الأوامر بتعاون المجتمع الإسلامي في استحداث وتطوير الوسائل الدفاعية والدفاع عن المصالح المشروعة بحيث يتناسب مع الاعتداء. كماً وكيفاً ومن تلك الأوامر قوله تعالى ﴿**فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ**﴾[1]

وقبل تطور الوسائل العسكرية الهجومية والدفاعية لدى غير المسلمين بمئات السنين خاطب الله سبحانه وتعالى المسلمين بقوله﴿**وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدْوَّ اللّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخَرِينَ مِن دُونِهِمْ لاَ تَعْلَمُونَهُمُ اللّهُ يَعْلَمُهُمْ وَمَا تُنفِقُواْ مِن شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنتُمْ لاَ تُظْلَمُونَ**﴾[2] وجدير بالذكر إن المراد بالإرهاب في هذه الآية ليس الإرهاب المتعارف اليوم في السياسة الدولية والداخلية وإنما المراد به التخويف الوقائي لان عدوك اذا عرف انك تملك ما يملكه هو من الأسلحة أو اكثر لا يجرأ أن يعتدي عليك والواقع الدولي يشهد بصحة هذه الحقيقة.

مجال الاجتهاد:

أ ـ حالات جواز الاجتهاد:

مجال جواز الاجتهاد يكون في احدى الحالتين التاليتين:ـ

أحداهما: عدم وجود نص خاص يحدد حكم التصرف أو الواقعة ففي هذه الحالة يستخدم المجتهد المصادر الكاشفة من القياس والمصلحة وغيرهما لكشف الحكم المطلوب.

الثانية: وجود نص يكون ثبوته ظنيا أو دلالته ظنية أي محتملة لا كثر من معنى(حكم) ففي هذه الحالة يجب الاجتهاد لإثبات صحة النص أو عدم صحته وفي حالة ظنية الدلالة يجب الاجتهاد لتحديد المعنى(الحكم) المراد ومن تطبيقات

---

(١) سورة البقرة /١٩٤

(٢) سورة الانفال /٦٠

ذلك لفظ قرء في قوله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوَءٍ﴾ والقرء مشترك لفظي بين الحيض ـ العادة الشهرية ـ والطهر وقد اجتهد فقهاء الشريعة لتحديد المراد من احد المعنيين فمنهم من ذهب إلى أن المراد به الحيض ومنهم من قال أن المقصود منه هو الطهر وقد سبق تفصيل ذلك في محله.

ب ـ حالات عدم جواز الاجتهاد:

هناك حالات كثيرة لا تصلح أن تكون محلا للاجتهاد ومن أهمها ما يأتي:

١ـ **المعتقدات والمغيبات:** كالاجتهاد في معرفة ذات الله وصفاته فانه لا يؤدي إلا إلى نتائج سلبية قد تصرف المجتهد إلى فقدان طريق الصواب لان عقل الإنسان قاصر عن الإحاطة بحقائق وأبعاد مثل هذه المعتقدات لكن الاستدلال بالأدلة العقلية والنقلية على وجود ذات الله واجب على كل إنسان .

٢ـ **الأحكام المدلول عليها بالنصوص دلالة قطعية:** وعلى سبيل المثل لا يجوز الاجتهاد لتغيير نسب حصص الورثة من أصحاب الفروض كالنصف والثلث والربع والسدس والثمن أو التسوية بين البنين والبنات والإخوة والأخوات من غير الأم في الميراث، استناداً إلى تطور الحياة ودخول الأنثى في كل مجال يدخل فيه الذكر ومشاركة الإناث مع الذكور في المجالات الاقتصادية والسياسية والإدارية وغيرها. لأن تلك النسب والفروق دلّت عليها آيات القران دلالة قطعية بحيث لم تترك أي مجال للاجتهاد في تغييرها أو تعديلها. ثم إنها وإن لم تكن في باب المساواة، إلاّ إنها من باب العدالة، وهي التوازن بين الحقوق والالتزامات.

غير انه هناك مجالاً للاجتهاد فيما يتعلق بما ذكر من باب آخر، فالبنت اذا ساهمت كالابن في تكوين تركة والدها المتوفى أو والدتها المتوفاة، من الضروري أن يجتهد القاضي مستعينا بأهل الخبرة لتحديد ما تستحقه هذه البنت نتيجة مساهمتها في تكوين التركة وإخراج حقها الخاص منها، ثم توزيعها وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين وكذلك الزوجة التي ساهمت في تكوين تركة زوجها ففي هذه الحالة يجب الاجتهاد لتحديد مدى مساهمتها وما تستحقه من التركة بسببها لان التركة في مثل هذه الحالات لا تعد ملكاً صرفاً خالصاً للمتوفى إضافة إلى ذلك يمكن تعويض الأنثى عن طريق الوصية بان يوصي المتوفى لبنته مثلا قبل وفاته بنسبة معينة من التركة إضافة إلى حصتها المحددة بالقران وكذلك يوصي

الزوج لزوجته بعضاً من ماله إضافة إلى حصتها لان الوصية جائزة للورثة على الرأي الراجح في الإسلام. وكذلك للمورث توزيع تركته على ورثته بالتساوي بين الذكور والإناث، وهذا التوزيع ليس ميراثاً كما زعم البعض، بل تبرع، والتبرعات المضافة إلى ما قبل الموت هبة تسري عليها أحكام الهبة، والتبرعات المضافة إلى ما بعد الموت وصية تسري عليها أحكام الوصية.

ثم إن القرآن وزّع المسؤولية الدنيوية على أساس الأهلية دون الذكورة والأنوثة، للأنثى أن تمارس كل وظيفة ومسؤولية يمارسها الذكر، فقال تعالى ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ...﴾[1] فموجب هذه الآية للمرأة أن تتولى منصب رئيس الدولة ورئيس الوزراء ورئيس البرلمان والقضاء ونحو ذلك.

٣ـ **الجرائم**: لا يجوز الاجتهاد فيها اجتهاداً يؤدي إلى استحداث جريمة أو عقوبة لان جميع دساتير العالم اتفقت على مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وقد سبقت الشريعة الإسلامية جميع القوانين والدساتير في إقرار هذا المبدأ في آيات كثيرة منها ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾[2] وقوله ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾[3]. فلا يجوز للقاضي أن يجتهد في توسيع النص بحيث يشمل ما لا يدل عليه صراحة من جريمة أو عقوبة لكن له الاجتهاد في تكييف الجريمة وتحديد حجم خطورتها وخطورة الجاني واقترانها أو عدم اقترانها بالظروف المشددة أو المخففة. لتشديد العقوبة أو تخفيفها.

خطأ وصواب المجتهد:

حصل الخلاف للسلف الصالح في أن حكم الله هل هو ما يصل إليه المجتهد وعلى هذا الأساس يكون كل مجتهد مصيباً؟ أو هو مقرر من الله مقدما فان وصل إليه المجتهد يكون مصيبا والا فيكون مخطئاً والصواب هو الاتجاه الثاني في أن حكم الله واحد ومقرر قبل اجتهاد المجتهد لكل تصرف أو واقعة فان أصابه المجتهد يكون مصيبا وان لم يصل إليه يكون مخطئا وذلك للأدلة النقلية والعقلية الأتية:ـ

---

[1] سورة التوبة/ ٧١

[2] سورة الاسراء/ ١٥

[3] سورة القصص/ ٥٩

أ ـ من الأدلة النقلية قول الرسولﷺ (اذا حكم الحاكم فاجتهد واصاب فله اجران واذا حكم واخطأ فله اجر) [1] فهذا الحديث الشريف صريح في ان كل مجتهد ايا كان مركزه العلمي قد يكون مصيبا وقد يكون مخطئا

ب ـ من الادلة العقلية انه لو صح القول بان حكم الله هو ما يصل اليه المجتهد للزم التناقض في احكام الله في حالات اختلاف المجتهدين وعلى سبيل المثل الفقه السني يقول الاخ أو العم أو الجد يحجب ابن البنت لانه من ذوي الارحام فاذا وجد واحد من اصحاب الفروض أو العصبات لا يرث احد من ذوي الارحام ذكراً كان أو انثى بينما ذهب الفقه الشيعي الى نقيض ذلك فاعتبر اولاد البنت كاولاد الابن من المترتبة الأولى وان نزلوا فاذا وجد واحد منهم ذكراً أو انثى لا يرث احد من المرتبة الثانية كالاخوة والاخوات والاجداد والجدات ولا من المرتبة الثالثة كالاعمام والعمات والاخوال والخالات وأولادهم ومن الواضح ان احد الاجتهادين السني والشيعي خطأ لانهما متناقضان والمتناقضان لا يجتمعان ولا يرتفعان باتفاق جميع العقلاء.

---

(1) صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ.

المبحث الثاني

التقليد: أسبابه. محاسنه. مساويه

التقليد: في اللغة مصدر قَلَّدَ وقد ورد هذا اللفظ بعدة معانٍ منها: قلّد السيف: جعل حمالته في عنقه. وقلّدَ القلادة: جعلها في عنقه وقلّدهُ العمل: فوضه اليه. وقلّدَه الدَيْنَ: سلّمهُ اياه. وقلّدَ فلاناً القضاء في بلد كذا: اقامه قاضياً في ذلك البلد. وقلّدَه في كذا: أي تبعه من غير تأمّل ونظر[1].

وهذا المعنى الأخير هو المناسب للمعنى الاصطلاحي وهو ان يتبع شخصٌ شخصاً آخر في حكم أو رأي دون معرفة دليله.

اما اذا عرف دليل الحكم أو الرأي فانه لا يعد مقلداً لانه يعمل به على اساس دليله أو مصدره لا على اساس ان سنده هو التقليد.

نشأة المذاهب الفقهية:

كانت الفتيا قبل حدوث المذاهب الفقهية تؤخذ في عصر الصحابة عن القراء منهم وهم الحاملون لكتاب الله العارفون بدلالاته،ولما اوشك عصر الصحابة على الانتهاء، وخلف من بعدهم التابعون اتبع اهل كل بلد فتيا من كان عندهم من الصحابة وعلى سبيل المثل: اتبع اهل المدينة غالباً فتاوى عبد الله بن عمر، واهل مكة فتاوى عبد الله بن عباس، واهل مصر فتاوى عبد الله عمرو بن العاص، واهل الكوفة فتاوى عبد الله بن مسعود.

واتى بعد التابعين فقهاء الأمصار من اصحاب المذاهب فأسس كل واحد منهم مدرسة وتبعه تلاميذه وطوّروها.

وقد مرّ الاسلام بعصره الذهبي ولم يكن هناك مذهب ولا من يتقيد بمذهب معين ينتقل وراثياً الى اولاده واحفاده ما دامت الحياة باقية، كما هو السائد في هذا العصر. بل كانت هناك مدارس فقهية: مدرسة أهل الرأي كان مقرها الكوفة وزعيمها أبو حنيفة (رحمه الله)، ومدرسة أهل الحديث كان مقرها المدينة المنورة وزعيمها الإمام مالك (رحمه الله)، ومدارس

---

[1] لسان العرب لابن منظور فصل القاف حرف الدال. الصحاح في العلوم واللغة مادة قلّد. المنجد مادة قلّد.

أهل الوسط تعمل بالرأي والحديث معاً، كمدرسة الإمام الشافعي (رحمه الله)، ثم تحولت هذه المدارس إلى المذاهب عن طريق حكام العرب وتلاميذ تلك المدارس، حيث كان كل من ينتمي إلى مدرسة يظن أنها على الصواب دون غيرها، وكان من الأسباب توقف الإجتهاد وترديد الموروث من تلك المدارس.

تطور الفقه الإسلامي والتقليد:

تطور الفقه الإسلامي في اوائل العهد العباسي تطوراً وصل الى القمة في الكمال والنضج في معالجة الامور من متطلبات الحياة ومستلزماتها لأسباب كثيرة أهمها ما يأتي:

١ـ عناية الخلفاء العباسيين ـ بخلاف الامويين ـ بالفقه والفقهاء.

٢ـ ظهور شخصيات فقهية من ذوي رؤية بعيدة وافكار عميقة قادرة على فهم روح الشريعة واستثمارها لمصالح الناس وتنظيم حياتهم.

٣ـ كثرة الوقائع المستلزمة لكثرة الاجتهاد بعد اتساع اقليم الدولة الإسلامية.

٤ـ مساهمة المسلمين من غير العرب في الاجتهاد والتأليف وتطوير الفقه بعد ان اعتنقوا الاسلام وهم يحملون عادات وثقافات وفلسفات انصهرت في بودقة(بوتقة) النظام الإسلامي.

ثم بعد هذا التطور أصيب بنكسة الجمود والتوقف عن التحرك ومسايرة ركب الحضارة البشرية لأسباب كثيرة منها:

١ـ **الضعف السياسي في الدولة الإسلامية**: منذ منتصف القرن الرابع الهجري بعد ان بدأ انقسام الدولة الإسلامية الى عدة اقسام، يناهض بعضها بعضاً وعلى كل قسم منها حاكم سمى نفسه امير المؤمنين حتى تفككت الروابط وحلّ الضعف محل القوة وقد كان لهذا اثر سلبيٌ كبير على نشاط الحركة الفقهية حيث ضعفت الروح العلمية وفترت همة علماء الشريعة فماتت فيهم روح الاستقلال والثقة بالنفس وانعدم الاقدام على الاجتهاد.

٢ـ **تدوين المذاهب الفقهية**: وقد اصبح الناس بعد هذا التدوين عالة على المدونات واستغنوا بها عن تكلف البحث والتنقيب من جديد واقتصرت همم العلماء على اختصار ما هو مفصل وشرح ما هو مختصر من المدونات في كل مذهب

٣ـ **التعصب المذهبي والرعاية المذهبية**: فأصبح كل فقيه ينتمي الى مذهب معين محاميا يدافع عنه بكل ما في وسعه، ويعتبر ما في مذهبه هو الصحيح دون غيره حتى وصل

التعصب المذهبي الى حد عدم التمييز بين نصوص الشريعة (القرآن والسنة النبوية) ونصوص الفقه وخير شاهد على هذه الحقيقة هو ما قاله المرحوم الكرخي[١] من ان (الاصل ان كل آية تخالف قول اصحابنا فانها تحمل على النسخ او على التأويل والأولى ان تحمل على التأويل من جهة التوفيق) وهذا الكلام يدل على انه يجب في نظره التقيد بكل ما ورد في الفقه الحنفي وان تعارض مع القرآن.

بينما كان مؤسس هذا المذهب ابو حنيفة (رحمه الله) يقول لمن سبقه من رجال العلم (هم رجال ونحن رجال ولي أن اجتهد كما اجتهدوا).

٤ـ **فساد نظام التعليم والتعلم في المؤسسات والمدارس الدينية:** فقد بالغ علماء الشريعة في الاهتمام بالعلوم الآلية كاصول الفقه، والمنطق، والفلسفة، والبلاغة، والقواعد، (النحو والصرف)، بحيث اهملوا اصل الغاية اي الانشغال بالقران والسنة النبوية واستنباط الاحكام فأصبحت الوسيلة غاية واهملت الغاية متروكة في زاوية النسيان.

وجدير بالذكر ان كليات الشريعة والمدارس الدينية الحديثة في العالم الإسلامي في هذا العصر الحضاري المتطور تأخذ بنفس النمط من الاهتمام بالوسيلة وفصلها عن الغاية.

٥ـ **تزاحم الفقهاء التابعين لمذاهبهم وتجادلهم فيما بينهم في الفتاوى:** أدّى الى حدوث الفوضى في الفتاوى المتضاربة كما في عصرنا هذا بحيث لم يقتنع كل من ينتمي الى مذهب بما يقولوه المنتمي الى مذهب آخر حتى وصل الامر الى ان يصحح هذا الخطأ بخطأ آخر وهو سد باب الاجتهاد والتمسك بتقليد الغير حياً كان ام ميتاً مصيباً ام مخطئاً مناسباً لكل زمان ومكان ام غير مناسب.

أسباب رواج بعض المذاهب وخمول البعض:

أ ـ **راجت المذاهب الفقهية السنية الاربعة** (المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي) والمذهبان الرئيسان الشيعيّان (الجعفري والزيدي) اضافة الى المذهبين الظاهري والاباضي اللذين انتشرا بنسبة اقل.

---

[١] الفقيه الحنفي ابو الحسن الكرخي. ينظر ملحق تأسيس النظر ص١١٦.

وتعود أسباب رواج هذه المذاهب وانتشارها الى أسباب أهمها ما يلي:

١- **جهود التلاميذ:** كان لكل مذهب من هذه المذاهب بعض التلاميذ قاموا بدور فعال في النهوض بمذهب امامهم وانتصروا له حتى راج وانتشر ثم استمر.

٢- **مساعدة السلطة الحاكمة:** فالحاكم المعتنق لمذهب معين من تلك المذاهب كان يقف الى جانبه ويأمر الناس باتباعه والقضاء بتطبيقه كانتشار المذهب الجعفري في ايران والمذهب الحنفي في العهدين العباسي والعثماني والمذهب المالكي والشافعي في مصر.

٣- **التدوين:** كان لتدوين المذاهب المذكورة اثر بارز في رواجها وبقائها وانتشارها والعمل على هداها

٤- **القضاء:** كان للقضاء الذي يقيد نفسه او تقيده السلطة الحاكمة بتطبيق مذهب معين دور كبير في بقاء هذا المذهب ورواجه وانتشاره.

ب - انقرضت بعض المذاهب:

في مقابل المذاهب الفقهية المذكورة التي راجت وانتشرت كانت هناك مذاهب اخرى لا تقل فائدة وشأناً واهمية منها لكنها خملت وانقرضت لانها لم يتيسر لها أسباب الرواج والبقاء والانتشار حيث توقف العمل بها بعد موت اصحابها بمدة زمنية كمذهب الاوزاعي الذي انتشر وراج في الاندلس والشام ثم انقرضت في القرن الثاني الهجري وبطل العمل بمذهب ابي ثور بعد القرن الثالث وبمذهب ابن جرير الطبري بعد القرن الرابع وهكذا انقرضت من الناحية العملية عشرات المذاهب الفقهية لا تقل شأناً من المذاهب القائمة.

محاسن التقليد:

التقليد رغم مساويه له محاسن كثيرة منها ما يلي

١- عمل مشروع بل واجب بالنسبة للعامي في الاحكام التي يجب العمل بها او الاجتناب عنها لذا ورد الامر به في القران الكريم في قوله تعالى (فَاسْأَلُواْ أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ)[1].

---

[1] سورة النحل/ ٤٣

٢ـ التقليد سبب لسقوط مسؤولية من لا يعرف طبيعة الحكم الذي يكلف بأدائه من الواجبات او بالامتناع عنه من المحرمات وبراءة الذمة من المسؤولية الجنائية والمدنية واجبة وما يتوقف عليه الواجب فهو واجب والتقليد بالنسبة للعامي واجب.

٣ـ لولا التقليد لوجب على كل انسان ان يبذل المستحيل حتى يصل الى رتبة الاجتهاد ليعرف احكام تصرفاته واحكام الوقائع التي يواجهها في حياته بناء على قاعدة (ما يتوقف عليه الواجب واجب) والتكليف بالمستحيل ينافي وعد الله تعالى بأنه ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[1] وبناء على ذلك يكون تقليد العامي لأهل الذكر واجباً دون تقيد بمذهب معين لان الغرض من التقليد هو معرفة الحكم اياً كان مصدر هذه المعرفة. ولأن تفضيل العمل بمذهب على مذهب آخر مدى الحياة، خطأً جسيم، إثمه يقع على عاتق علماء الدين.

مساوي التقليد:

١ ـ بسبب التقليد المنتشر في العالم الإسلامي منذ توقف الاجتهاد ظهرت نتائج سلبية ومساوي خطيرة منها التقيد بمذهب معين والتعصب لطائفة معينة وهذه الظاهرة اصبحت معولاً هداماً للبناء الاجتماعي الموحد في العالم الإسلامي وأدت الى تمزق الأمة والمجتمع الإسلامي بحيث ادى ذلك الى الاختلاف في الاحكام الشرعية المتباينة بين المذاهب والطوائف اختلافاً بحيث يبدو كأنَّ كل مذهب من دين غير الدين الذي عليه المذهب الآخر. بالإضافة إلى حلول القانون الغربي محل الشرع الإسلامي في جميع المسائل المالية وغير المالية والقضايا الجنائية والمدنية، وأصبحت القوانين في العالم غير الإسلامي، مصادر لقوانين البلاد الإسلامية.

٢ـ التقليد اجازه الشارع لحالات استثنائية وللضرورة والضرورات تقدر بَقدْرِها ورغم ذلك اصبح التقليد لمذهب معين او طائفة معينة أمراً اعتقادياً[2] طبيعياً ينتقل كانتقال الميراث من جيل الى جيل آخر.

---

[1] سورة البقرة/ ٢٨٦

[2] اصبح كانه جزء من معتقدات المسلم وانه ركن من اركان دينه بحيث يشعر بانه اذا خرج من مذهب واعتنق مذهباً آخر كانه خرج من دينه واعتنق دينا آخر وهذه الظاهرة خطيرة يجني المسلمون في كل عصر نتائجها السلبية ومن تلك النتائج: استباحه الدم والاعتداء على النفس

٣- التقليد اذا تجاوز حدود المطلوب يكون من عوامل التأخر والجمود وعدم مسايرة ركب الحضارة البشرية وخير شاهد على هذه الحقيقة هو تأخر المسلمين بالنسبة الى غير المسلمين فقبل اكتشاف امريكا سنة ١٤٩٢ كان العالم الإسلامي في قمة الحضارة وكان علمه يرفرف على ربع المعمورة ولكن الجمود الفكري سيطر على عقول المسلمين بحيث وقفوا ضد كل من يدعو الى استخدام العقل والاتيان بالجديد واتهموه بالكفر والزندقة كما اتهموا فلاسفة المسلمين من المعتزلة بذلك وما زالوا متهمين بتلك التهم.

٤- المذهب ليس حجة ولا مصدرا للحكم الشرعي ولا يجوز للقاضي أو المفتي القضاء أو الإفتاء برأي أحد فقهاء مذهبه أو رأي مؤسس المذهب، ما لم يستند هذا الرأي إلى نص في القرآن الكريم أو السنة النبوية أو إجماع لجميع فقهاء، وخير شاهد على هذا ما قاله الإمام الغزالي رحمه الله في كتابه (المستصفى ص٢٤٣) حول عدم حجية قول الخلفاء الراشدين، فإذا كان رأي فقيه مجتهد من تلاميذ مدرسة رسول الله ﷺ من خلفاء الراشدين ﷺ لا يكون مصدرا ولا حجة بالأدلة العقلية المنطقية التي ذكرها حجة الإسلام إمام المسلمين الإمام الغزالي (رحمه الله)، فمن باب أولى أن لا يكون رأي أحد أئمة المذاهب الثمانية أو أحد فقهائهم حجة ومصدراً للقضاء أو الإفتاء.[1]

ونكتفي بهذا القدر من مساوي التقليد لانه كما يقال يكفي للعاقل اشارة واحدة.

والله ولي التوفيق

رب زدني علماً وألحقني بالصالحين

وما دون النفس والعرض والمال من منتسب لطائفة على منتسب طائفة اخرى اصبح امراً مباحا اعتياديا ولم يقف الامر عند حد الاباحة بل اصبح هذا الاعتداء من باب الجهاد.

(١) يُنظر في تفصيل ذلك ص١٠٠ من هذا الكتاب.